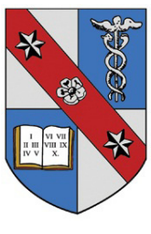
Ley, Derechos de Propiedad y Contaminación del Aire

Murray N. Rothbard



Ludwig
von Mises
Institute

Auburn, Alabama

CONTENIDO

LEY, DERECHOS DE PROPIEDAD Y CONTAMINACIÓN DEL AIRE

LA LEY COMO DISCIPLINA NORMATIVA 1
INVASIÓN FÍSICA 6
INICIACIÓN DE UN ACTO ABIERTO: RESPONSABILIDAD ESTRICTA 9
LA CARGA APROPIADA DEL RIESGO 13
LA CARGA APROPIADA DE LA PRUEBA 15
CAUSALIDAD ESTRICTA 18
RESPONSABILIDAD SÓLO DEL AGRESOR 20
UNA TEORÍA DE LA PROPIEDAD JUSTA: LA OCUPACIÓN 22
MOLESTIAS, VISIBLES E INVISIBLES 25
POSESIÓN DE LA UNIDAD TECNOLÓGICA: TIERRA Y AIRE 30
CONTAMINACIÓN DEL AIRE: LEY Y REGULACIÓN 33
CONVIRTIENDO AL DELITO EN AGRAVIO 37
UNIÓN DE AGRAVIOS Y UNIÓN DE VÍCTIMAS 39
CONCLUSIÓN 44

LEY, DERECHOS DE PROPIEDAD Y CONTAMINACIÓN DEL AIRE

LA LEY COMO DISCIPLINA NORMATIVA

La ley es una serie de órdenes; los principios de la ley de agravios o criminal, de los que nos vamos a ocupar, son órdenes negativas o prohibiciones del tipo "no deberás" realizar las acciones X, Y o Z.[1] En resumen, ciertas acciones se consideran malas hasta el punto de que se considera apropiado utilizar castigos de violencia (pues la ley es la encarnación social de la violencia) para combatir, defendernos y castigar a los transgresores.

Hay muchas acciones contra las que no se considera apropiado usar la violencia, individual u organizada. La simple mentira (es decir, cuando no se rompen contratos para transferir títulos de propiedad), la traición, la ingratitud, ser desagradable con amigos o asociados o no acudir a las citas se consideran por lo general como algo malo, pero pocos piensan en usar la violencia para evitarlos o combatirlos. Otras sanciones, como rechazar a la persona o hacer tratos con ella, ignorarle, etc., pueden usarse por parte de individuos o grupos, pero utilizar la violencia de la ley para prohibir dichas acciones se considera excesivo e inapropiado.

Si la ética es una disciplina normativa que identifica y aclara ciertos grupos de acciones como buenas o malas, correctas o incorrectas, entonces la ley de agravios o criminal es un subgrupo de la ética que identifica ciertas acciones como apropiadas para usar violencia contra ellas. La ley dice que la acción X debería ser ilegal y por tanto *debería* combatirse por la violencia de la ley. La ley es una serie de "tendrías" o proposiciones normativas.

---

[1]Los principios legales que establecen ciertas acciones prohibidas como agravios o crímenes han de distinguirse de estatutos o edictos administrativos que establecen demandas positivas, como "debes pagar la cantidad X en impuestos" o "debes presentarte a filas en esta fecha". Por supuesto, en cierto sentido, *todas* las órdenes pueden expresarse de forma que se muestren como negativas, como "no debes rechazar pagar la cantidad X en impuestos" o "no debes desobedecer la orden de presentarte a filas". El porqué esa nueva redacción sería inapropiada se explicará más adelante. Ver asimismo más adelante una explicación de "agravios" frente a "delitos".

Muchos escritores y juristas han afirmado que la ley de una disciplina "positiva" libre de valores. Por supuesto es posible simplemente listar, clasificar y analizar la ley existente sin ir más allá y decir lo que la ley debería o no debería ser.[2] Pero ese tipo de jurista no está cumpliendo con su tarea esencial. Como la ley es en definitiva un serie de órdenes normativas, el verdadero jurista o filósofo legal no ha completado su tarea hasta que establezca cómo debería ser la ley, por muy difícil que pueda ser esto. Si no lo hace, entonces está necesariamente abdicando de su tarea en favor de individuos o grupos no formados en principios legales, que pueden dar sus órdenes por simple capricho arbitrario y fiduciario.

Así que los juristas austinianos proclaman que el rey, o el soberano, se supone que redacta la ley y la ley es meramente un serie de órdenes emanadas de su voluntad. Pero entonces aparece la pregunta: ¿Bajo qué principios opera o debería operar el rey?[3] ¿Es posible decir alguna vez que el rey está emitiendo un decreto "malo" o "impropio"? Una vez que el jurista admite eso, va más allá de la voluntad arbitraria para empezar a fijar una serie de principios normativos que deberían guiar al soberano. Y así vuelve a la ley normativa.

Las variantes modernas de la teoría legal positiva dicen que la ley debería ser lo que los legisladores dicen que es. ¿Pero qué principios van a guiar a los legisladores? Y si decimos que los legisladores deberían ser los portavoces de sus votantes, simplemente echamos el problema un paso atrás y preguntamos: ¿Qué principios se supone que guían a los votantes? ¿O la ley, y por tanto la libertad de acción de todos, es ser gobernados por el capricho arbitrario de millones en lugar de un hombre o unos pocos?[4]

Incluso el más antiguo concepto de que la ley debería determinarse por jueces tribales o de la ley común, que están simplemente interpretando las costumbres de la tribu o sociedad, no puede escapar de los juicios normativos básicos para la teoría. ¿*Por qué* deben obedecerse las normas consuetudinarias? Si la costumbre tribal requiere el asesinato de toda la gente por encima del metro ochenta, ¿debe obedecerse en todo caso esta costumbre? ¿Por qué no puede la razón establecer una serie de principios para evaluar y acabar con las meras costumbres y tradiciones?

---

[2]Sin embargo Ronald Dworkin ha apuntado que incluso el análisis legal positivo implica cuestiones y patrones morales. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977), caps. 2, 3, 12, 13. [Publicado en España como Los Derechos en Serio (Barcelona: Ariel, 2002)].Ver también Charles Fried, ·The Law of Change: The Cunning of Reason in Moral and Legal History", *Journal of Legal Studies* (Marzo de 1980): 340.

[3]Por supuesto, los austinianos también están colando un axioma normativo en su teoría positiva: La ley debería ser lo que rey diga que es. Este axioma no se analiza ni basa en ninguna serie de principios éticos.

[4]De nuevo estas variantes de la teoría legal positiva cuelan el axioma normativo no justificado de que las normas deberían ser establecidas por lo que quieran hacer los legisladores o los votantes.

Igualmente, ¿por qué no puede usarse para acabar con el mero capricho arbitrario del rey o la opinión pública?

Como veremos la ley de agravios o criminal es una serie de prohibiciones contra la invasión o la agresión a los derechos de propiedad privada; esto es, a las esferas de libertad de acción de cada individuo. Pero si éste es el caso, entonces las implicaciones de la orden "No interferirás en el derecho de propiedad de A" serán que el derecho de propiedad de A es justo y por tanto no debería ser invadido. Por tanto las prohibiciones legales, lejos de estar en algún sentido libres de valores, implican realmente y serie de teorías acerca de la justicia, en particular, la asignación justa de derechos y títulos de propiedad. La "justicia" no es sino un concepto normativo.

Sin embargo en años recientes juristas y economistas de la "escuela de Chicago" han intentado desarrollar teorías de del derecho de la propiedad libre de valores, derechos definidos y protegidos no basándose en normas éticas como la justicia, sino en alguna forma de "eficiencia social". En una de esas variantes, Ronald Coase y Harold Demsetz han afirmado que "no hay ninguna diferencia" en cómo se asignan los derechos de propiedad en casos de conflictos de intereses, siempre que se asignen a *alguien* derechos de propiedad y luego se defiendan. En su famoso ejemplo, Coase imagina una locomotora de ferrocarril arruinando granjas y huertos cercanos. Para Coase y Demsetz este daño a las cosechas de un granjero por parte del ferrocarril es una "externalidad" que debería, de acuerdo con las ideas de la eficiencia social, ser internalizada. Pero para estos economistas, no importa cuál de dos posibles cursos de acción se adopte. O bien uno dice que el granjero tiene un derecho de propiedad en su huerto; por tanto el ferrocarril debería pagar los daños por su pérdida y el granjero debería ser capaz de prohibir la acciones invasivas del ferrocarril. O el ferrocarril tiene en derecho a echar humo donde le plazca y si el granjero quiere detener el humo debe pagar al ferrocarril para que instale un dispositivo de eliminación de humos. No importa, desde el punto de vista del gasto de recursos productivos, qué camino se tome.

Por ejemplo, supongamos que el ferrocarril genera el equivalente a $100.000 en daños y en el Caso 1, se dice que esta acción invade la propiedad del granjero. En ese caso, el ferrocarril debe pagar $100.000 al granjero o bien invertir en su dispositivo de eliminación de humos, lo que sea más barato. Pero en el Caso 2, en el que el ferrocarril tiene el derecho de propiedad a emitir el humo, el granjero tendría que pagar al ferrocarril hasta $100.000 para que deje de dañar a su granja. Si el dispositivo de humo cuesta menos de $100.000, digamos $80.000, entonces se instalará el dispositivo independientemente de a quién se haya asignado el derecho de propiedad. En el Caso 1, el ferrocarril gastará $80.000 en el dispositivo en lugar de tener que pagar $100.000 al granjero; en el Caso 2, el granjero estará dispuesto a pagar al ferrocarril

$80.000 y hasta $100.000 para que instale el dispositivo. Si por otro lado, el dispositivo de humo cuesta más de $100.000, digamos $120.000, entonces no se instalará el dispositivo independientemente de qué camino se siga. En el Caso 1, el ferrocarril seguirá lanzando humo y pagará al granjero daños por $100.000 en lugar de gastar $120.000 en el dispositivo; en el Caso 2, no merecerá al granjero pagar al ferrocarril $120.000 por el dispositivo, pues es más pérdida para él que el daño de $100.000. Por tanto, independientemente de a quién se asignen los derechos de propiedad (de acuerdo con Coase y Desmetz) la asignación de recursos será la misma. La diferencia entre ambos es solo un asunto de "distribución", es decir, de renta o riqueza.[5]

Hay muchos problemas con esta teoría. Primero, renta y riqueza son importantes *para las partes afectadas*, aunque podrían no serlo para los economistas no afectados. Resulta muy diferente para ellos quién paga a quién. Segundo, esta tesis solo funciona si ignoramos deliberadamente los factores psicológicos. Los costes no son solo monetarios. El granjero puede tener un apego al huerto mucho más allá del daño monetario. Por tanto, el huerto podría tener para él mucho más valor que los $100.000 en daños, así que podría costar un millón compensarle por la pérdida total. Pero entonces se quiebra la supuesta indiferencia. En el Caso 1, el granjero no quedará contento aceptando solo $100.000 en daños. Realizará un requerimiento contra cualquier agresión ulterior a su propiedad e incluso si la ley permite negociar a las partes para retirar el requerimiento, insistirá en recibir más de un millón del ferrocarril, algo a lo que éste no estará dispuesto.[6] A la inversa, en el Caso 2 probablemente no haya una manera de que el granjero obtenga el millón necesario para detener la invasión de humo del huerto.

El amor del granjero por su huerto es parte de una dificultad mayor de la doctrina Coase-Desmetz: Los costes son puramente subjetivos y no medibles en términos monetarios. Coase y Desmetz han *a proviso* en su tesis de la indiferencia que todos los "costes de transacción" sean cero. Si no lo son, entonces defienden asignar los derechos de propiedad a la vía que implique menos costes de transacción. Pero una vez que entendemos que los costes son subjetivos para cada individuo y por tanto no mensurables, vemos que los costes no pueden ser sumados. Pero si todos los costes, incluyendo los costes de transacción, no pueden ser sumados,

---

[5]Ver el artículo en que presenta este análisis Ronald H. Coase, "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics* 3 (Octubre de 1960): 10. Para una crítica, ver Walter Block, "Coase and Demsetz on Private Property Rights", *Journal of Libertarian Studies* (Primavera de 1977): 111-115.

[6]Ahora es ilegal negociar la retirada de un requerimiento acudiendo a la parte dañada. Por supuesto en ese caso, la internalización del coste de Coase-Demsetz se viene completamente abajo. Además, puede haber granjeros tan apegados a sus huertos que *ningún* precio les compensaría, en cuyo caso el requerimiento sería absoluto y ninguna negociación de Coase-Demsetz podría eliminarlo. Sobre permitir la negociación para retirar requerimientos, ver Barton H. Thompson, Jr., "Injunction Negotiations: An Economic, Moral and Legal Analysis", *Stanford Law Review* 27 (Julio de 1975): 1563-1595.

entonces no existen los "costes sociales de transacción" y no pueden compararse en los Casos 1 ó 2 o de hecho en cualquier otra situación.[7]

Otro serio problema de la postura de Coase-Desmetz es que al pretender estar libre de valores, en realidad importan la norma ética de la "eficiencia" y afirman que los derechos de propiedad deberían asignarse basándose en dicha eficiencia. Pero incluso si el concepto de eficiencia social tuviera sentido, no responden a las preguntas de por qué la eficiencia sería la consideración superior al establecer los principios legales o por qué las externalidades deberían internalizarse por encima de otras consideraciones. Así que no nos queda *Wertfreiheit* y volvemos a cuestiones éticas no examinadas.[8,9]

Otro ejemplo de los economistas de la escuela de Chicago por hacer recomendaciones de política pública legal bajo el disfraz de *Wertfreiheit* es la opinión de que con los años los jueces de derecho común siempre llegarán a la asignación socialmente eficiente de los derechos de propiedad y las responsabilidades civiles. Desmetz destaca los derechos que minimizarían los costes sociales de transacción; Richard Posner destaca la maximización de la "riqueza social". Todo esto se añade a un injustificado determinismo histórico, funcionando como una especie de mano invisible que guía a los jueces al actual camino de la escuela de Chicago, a las otras falacias que hemos examinado antes.[10]

Si la ley es una serie de principios normativos, de esto se deduce que cualquier ley positiva o consuetudinaria que haya aparecido no puede simplemente registrarse y seguirse ciegamente. Toda ley debe estar sujeta a una crítica sistemática basada en dichos principios. Luego si hay

---

[7]Sobre la impermisibilidad del concepto de coste social y su aplicación aquí, ver Mario J. Rizzo, "Uncertainty, Subjectivity, and the Economic Analysis of Law" y Murray N. Rothbard, "Comment: the Myth of Efficiency", en Time, *Uncertainty, and Disequilibrium: Exploration of Austrian Themes*, Mario Rizzo, ed. (Lexington, Mass.: Lexington Books, 1979), pp. 71-95. Ver también John B. Egger, "Comment: Efficiency is not a Substitute for Ethics", en *ibíd*., pp. 117-125.

[8]La eficiencia social es un concepto sin sentido porque la eficiencia es lo efectivamente que alguien emplea medios para llegar a fines concretos. Pero con más de un individuo, ¿quién determina los fines para los que van a emplearse los medios? Los fines de distintos individuos están destinados a entrar en conflicto, haciendo absurdo cualquier concepto de eficiencia social sumada o sopesada. Para más sobre esto, ver Rothbard, "Myth of Efficiency", p. 90.

[9]Charles Fried ha apuntado que la eficiencia es, lo queramos o no, un intento de criterio moral, aunque no examinado, erróneo e incoherente. Fried, "The Law of Change", p. 341.

[10]El concepto de riqueza social sufre de las mismas incapacidades que Coase-Desmetz, así como algunos otros problemas propios. Para una crítica devastadora de Posner, ver Ronald M. Dworkin, "Is Wealth a Value?" y Richard A. Epstein, "The Static Conception of the Common Law", en *Journal of Legal Studies* (Marzo de 1980): 191-226, 253-276. Ver también Anthony J. Kronman, "Wealth Maximization as a Normative Principle"; Mario J. Rizzo, "Law Amid Flux: The Economics of Negligence and Strict Liability in Tort"; Fried, "The Law of Change" y Gerald P. O'Driscoll, Jr., "Justice, Efficiency, and the Economic Analysis of Law: A Comment on Fried", in *ibíd*.: 227-242, 291-318, 335-354, 355-366.

discrepancias entre la ley real y los principios de justicia, como pasa casi siempre, deben darse pasos para hacer a la ley conforme con los principios legales.

INVASIÓN FÍSICA

El principio normativo que estoy sugiriendo para la ley es sencillamente este: No debería considerarse ninguna acción como ilícita o ilegal salvo que invada o ataque a la persona o justa propiedad de otro. Solo las acciones invasivas deberían declararse ilegales y ser combatidas con todo el peso de la ley. La invasión debe ser concreta y física. Hay grados de severidad en dicha invasión y por tanto distintos grados apropiados de restitución o castigo. El "robo", la simple invasión de propiedad con el fin de robar, es menos serio que el "atraco", en el que probablemente se use fuerza armada contra la víctima. Sin embargo aquí no nos preocupan las cuestiones de los grados de invasión o castigo, sino simplemente la invasión por sí misma.

Si ningún hombre puede invadir la "justa" propiedad de otra persona, ¿cuál ha de ser nuestro criterio de justicia?[11] No hay espacio aquí para desarrollar una teoría de la justicia en los títulos de propiedad. Basta con decir que el axioma básico de la teoría política libertaria sostiene que todo hombre es propietario de sí mismo, teniendo jurisdicción absoluta sobre su propio cuerpo. En efecto, esto significa que nadie puede invadir o atacar justamente a otra persona. De esto se deduce que cada persona posee justamente cualesquiera recursos previamente sin dueño que se apropie o "mezcle con su trabajo". De estos dos axiomas gemelos (propiedad de sí mismo y "ocupación") deriva la justificación de todo el sistema de títulos de derechos de propiedad en una sociedad de libre mercado. Este sistema establece el derecho de todo hombre a su propia persona, el derecho de donación o testamento (y consecuentemente el derecho a recibir el legado o herencia) y el derecho al intercambio contractual de títulos de propiedad.[12]

La teoría política y legal han generado muchos errores al no apuntar a la invasión física como la única acción humana que debería ser ile-

[11]Debe hacerse la cualificación de la propiedad "justa". Supongamos, por ejemplo, que A roba el reloj a B y varios meses después, B atrapa a A y recupera el reloj. Si A demandara a B por robo de "su" reloj, habría una defensa justificada por parte de B de que el reloj no era real y justamente de A, ya que se lo había robado previamente a B.

[12]Para más acerca de esta visión libertaria o "neo-lockiana", ver Murray N. Rothbard, "Justice and Property Rights", en *Property in a Humane Economy*, Samuel Blumenfeld, ed. (LaSalle, Ill.: Open Court, 1974), pp.l0l-122. En cierto sentido, Percy B. Lehning tiene razón cuando comenta que en lugar de ser dos axiomas independientes, el principio de ocupación realmente deriva del único axioma de la propiedad de sí mismo. Lehning, "Property Rights, Justice and the Welfare State", *Acta Politica* 15 (Rotterdam 1980): 323, 352.

gal y que justifica el uso de violencia física para combatirla. El vago concepto de "daño" se ve sustituido por el preciso de la violencia física.[13] Consideremos los siguientes dos ejemplos. Jim está haciendo la corte a Susan y está a punto de pedirle su mano cuando repentinamente aparece Bob en escena y consigue su amor. Sin duda Bob ha producido un gran "daño" a Jim. Una vez que se adopta un sentido de daño sin invasión física, casi podría justificarse ilegalizar cualquier acto. ¿Debería Jim ser capaz de "prohibir" la misma existencia de Bob?[14]

Igualmente, A es un vendedor con éxito de hojas de afeitar. Pero luego aparece B y vende una hoja mejor, recubierta con teflón para evitar los cortes. La propiedad de A se ve seriamente afectada. ¿Debería poder cobrar indemnización a B o mejor prohibir la venta de B de una hoja de afeitar mejor? La respuesta correcta no es que los consumidores se verían perjudicados si se les obligara a comprar la hoja inferior, aunque éste sea sin duda el caso. En su lugar, nadie tiene derecho a impedir legalmente o tomar represalias contra "daños" a su propiedad, salvo que sea un acto de invasión física. Todos tienen derecho a que no se viole la integridad física de su propiedad; nadie tiene derecho a proteger el valor de su propiedad, porque ese valor es meramente el reflejo de lo que la gente está dispuesta a pagar por ella. Esa disposición depende solamente de cómo decidan *ellos* usar su dinero. Nadie puede tener un derecho al dinero de otro, salvo que la otra persona haya contratado previamente transferirlo.

En la ley de agravios, el "daño" generalmente se trata como invasión física de personas o propiedades. La prohibición de la difamación (calumnias e injurias) siempre ha sido una flagrante anomalía en la ley de agravios. Las palabras y opiniones no son invasiones físicas. Al igual que en la pérdida de *valor* en la propiedad por un mejor producto o un cambio en la demanda del consumidor, nadie tiene un derecho de propiedad en su "reputación". La reputación es estrictamente una función de las opiniones subjetivas en su mente y tienen el derecho absoluto a sus propias opiniones cualesquiera que éstas sean. Por tanto, declarar ilegal la difamación es en sí mismo una grosera invasión del derecho del difa-

[13]Así, John Stuart Mill pide una libertad completa de la acción individual "sin impedimentos de nuestros congéneres, siempre lo que hagamos lo les dañe". Mill, "On Liberty", en *Utilitarianism, Liberty, and Representative Government* (Nueva York: E.P. Dutton, 1944), p. 175. [Publicado en España como *Sobre la libertad* (Madrid, Edaf, 2005)]. Hayek, después definir apropiadamente la libertad como la ausencia de coacción, se equivoca lamentablemente al no definir la coacción como invasión física y por tanto permite y justifica un amplio rango de interferencia gubernamental en los derechos de propiedad. Ver Murray N. Rothbard, "F.A. Hayek and the Concept of Coercion", *Ordo* 31 (Stuttgart 1980): 43-50.

[14]Robert Nozick parece justificar la ilegalización de todos los intercambios voluntarios que califica como "improductivos", a los que define esencialmente como una situación en la que A estaría mejor si B no existiera. Para una crítica a Nozick en este punto, ver Murray N. Rothbard, "Robert Nozick and the Immaculate Conception of the State", *Journal of Libertarian Studies* (Invierno de 1977): 52 y ss.

mado a la libertad de expresión, que es un derivado de su derecho de propiedad sobre su propia persona.[15]

Un ataque un mayor a la libertad de expresión es la moderna reclamación basada en Warren-Brandeis de invasión del supuesto derecho a la "privacidad", que prohíbe la libre expresión y los actos usando la propiedad propia que no sean siquiera falsos o "maliciosos".[16]

En la ley de agravios, el "daño" generalmente se trata como invasión física de las personas o propiedades y normalmente requiere el pago de indemnizaciones por daño "emocional" si y solo si ese daño es una consecuencia de la invasión física. Por tanto, dentro de la ley habitual de *allanamiento* (una invasión de personas o propiedades) "agresiones" es la invasión real del cuerpo de otro, mientras que "asalto" es la creación en otra persona de miedo o aprensión ante a agresiones.[17]

Para que sea un ataque digno de agravio y por tanto sujeto a acción legal, la ley de agravios requiere inteligentemente que la amenaza sea cercana e inminente. Los simples insultos o palabras violentas, las vagas amenazas futuras o la simple posesión de un arma no pueden constituir un ataque;[18] Debe haber asimismo una acción abierta consiguiente que

---

[15]Podemos por tanto alabar la posición "absolutista" de Juez Black al pedir la eliminación de la ley de difamación. La diferencia está en que Black defendía una postura absolutista sobre la Primera Enmienda porque es parte de la Constitución, mientras que nosotros la defendemos porque la Primera Enmienda encarna una parte básica del credo libertario. Sobre el significativo debilitamiento de la ley de difamación en las últimas dos décadas, ver Richard A. Epstein, Charles O. Gregory y Harry Kalven, Jr.,*Cases and Materials on Torts*, 3ª ed. (Boston: Little, Brown, 1977), pp. 977-1129 (a partir de aquí, citado como Epstein, *Cases on Torts*).

[16]No debería haber afirmación de un derecho a la privacidad que no pueda subsumirse bajo la protección de los derechos de propiedad de defenderse contra un incumplimiento de contrato. Sobre la privacidad, ver *ibíd*., pp. 1131-1190.

[17]"Aprensión" ante una agresión inminente es un término más apropiado que "temor", ya que destaca la conciencia de que se produzcan agresiones y de la acción que causa esa conciencia por parte del agresor, en lugar del estado psicológico subjetivo de la víctima. Así, Dean Prosser: "Aprensión no es lo mismo que miedo y el acusado no se ve privado de su acción meramente porque sea demasiado valiente como para verse atemorizado o intimidado". William L. Prosser, *Handbook of the Law of Torts*, 4ª ed. (St Paul, Minn.: West Publishing, 1971), p. 39.

[18]Desafortunadamente desde alrededor de 1930, los tribunales han sucumbido a la creación de un nuevo tipo de agravio, "infligir intencionadamente perturbaciones mentales por una conducta extrema e injuriosa".Está claro que la libertad de expresión y personal debería permitir el insulto verbal, por muy injurioso que sea; además de que no hay criterio coherente para deslindar el mero abuso verbal de la variedad "injuriosa". La expresión del Juez Magruder es muy sensata: "Contra una buena parte de las fricciones e irritaciones y conflictos de temperamentos propios de la participación en la vida de la comunidad, cierto endurecimiento mental es una mejor protección que cualquiera que pudiera ofrecer nunca la ley". Magruder, "Mental and Emotional Disturbance in the Law of Torts", *Harvard Law Review* 40 (1936): 1033, 1035; citado en Prosser, *Law of Torts*, p. 51. Ver también *ibíd*., pp. 49-62; Epstein, *Cases on Torts*, pp. 933-952.

En general, debemos ver con gran suspicacia cualquier creación de nuevos agravios que no sean simplemente la aplicación de los viejos principios de los agravios a las nuevas tecnologías. No hay nada nuevo moderno en el abuso verbal.

dé lugar a la aprensión de un inminente ataque físico.[19] O dicho de otra manera, debe haber una amenaza concreta de un ataque inminente antes de que la presunta víctima pueda legítimamente usar la fuerza y la violencia para defenderse.

La invasión física o molestia no necesita ser realmente "dañina" o infligir un daño severo para constituir un agravio. Los tribunales han sostenido acertadamente que actos como escupir en la cara de alguien o destrozar el sombrero de otro son agresiones. Las palabras del juez jefe Holt en 1704 parecen siguen siendo de aplicación: "El menor toque a otro con ira es una agresión". Aunque el daño real puede no ser sustancial, en un sentido profundo podemos concluir que la persona de la víctima se vio molestada, se vio *interferida*, por la agresión física contra ella y por tanto estas acciones aparentemente menores se han convertido en faltas legales.[20]

INICIACIÓN DE UN ACTO ABIERTO: RESPONSABILIDAD ESTRICTA

Si solo una invasión física de una persona o propiedad constituye un acto ilícito o agravio, entonces resulta importante delimitar *cuándo* puede una persona actuar si esa invasión física está a punto de producirse. La teoría legal libertaria sostiene que A no puede usar la fuerza contra B excepto en legítima defensa, es decir, salvo que B inicie fuerza contra A. ¿Pero cuándo el uso de fuerza de A contra B es legítima defensa y cuando en sí mismo una agresión ilegítima y un agravio contra B? Para responder a esta pregunta, debemos considerar qué tipo de teoría de responsabilidad en los agravios estamos dispuestos a adoptar.

Supongamos, por ejemplo, que Smith ve a Jones frunciendo el ceño en dirección a él desde el otro lado de la calle y que Smith tiene un temor anormal a que le frunzan el ceño. Convencido de que Jones está a punto de dispararle, toma un arma y dispara a Jones en lo que está seguro de que es legítima defensa. Jones presenta una querella por ataque y lesiones contra Smith. ¿Era Smith un agresor y por tanto debería ser res-

---

Parece que tanto los agravios por infligir daño como la nueva invasión de la privacidad son parte de la tendencia del siglo XX a diluir los derechos del defendido a favor de un excesivo cuidado sobre el demandante, una discriminación sistemática que ha tenido lugar en los agravios en lugar de en los procedimientos criminales. Ver Epstein, "Static Conception of the Common Law", pp. 253-275. Ver asimismo más adelante.

[19]Prosser, *Law of Torts*, pp. 39-40.

[20]De ahí la inteligencia de la sentencia de los tribunales en *South Brilliant Coal Co. vs. Williams*: "Si Gibbs golpeó al demandante con su pie, no puede alegarse como hecho legal que no hubo daño físico a éste. En un sentido legal, fue un daño físico, aunque puede no haber causado sufrimiento físico y aunque la sensación resultante no haya durado más que un momento" *South Brilliant Coal Co. vs. Williams*, 206 Ala. 637.638 (1921). En Prosser, *Law of Torts*, p.36. Ver también Epstein, *Cases on Torts*, pp. 903y ss.

ponsable? Una teoría de la responsabilidad (la teoría ortodoxa del "hombre razonable" o la "conducta razonable" o la "negligencia") dice que debería serlo, porque fruncir el ceño no genera la aprensión de un ataque inminente en un "hombre razonable". Otra teoría, sostenida en un tiempo y ahora resucitada (la de la "responsabilidad estricta" o "responsabilidad causal estricta") está de acuerdo porque debería estar claro para un juez o jurado que Jones *no* era un agresor inminente. Y esto se sostendría independientemente de lo sincero que fuera Smith en su temor a un ataque.

Dos defectos serios en la teoría del "hombre razonable" son que la definición de "razonable" es vaga y subjetiva y que los agresores culpables no son castigados, mientras que sus víctimas no se ven indemnizadas. En este caso concreto, las dos teorías resultan coincidir, pero en muchos otros no es así. Tomemos, por ejemplo, el caso de *Courvoisier vs. Raymond* (1896).[21] En este caso, el acusado, un tendero, fue amenazado por un grupo de alborotadores. Cuando un hombre que resultó ser un policía de paisano se dirigió hacia él tratando de ayudarle, el acusado, confundiéndole con un alborotador, disparó al policía. ¿Debería haber sido responsable el tendero?

El tribunal sentenció adecuadamente el caso (basándose en la responsabilidad estricta) y el jurado dio la razón al policía. Porque está claro que el acusado cometió lesiones al disparar al demandante. En la teoría de la responsabilidad estricta, la cuestión es la causa: ¿Quién inició el agravio o crimen? Una defensa primordial de la acción del acusado fue si el demandante *de hecho* había realizado un ataque, amenazando con la iniciación de unas lesiones inminentes contra él. Así que la cuestión tradicionalmente se convierte en algo factual que tienen que decidir los jurados: ¿Amenazó de hecho el hombre de paisano con lesiones al tendero? El jurado decidió a favor del policía.[22] Sin embargo el tribunal de apelación revocó la sentencia del tribunal. Para el tribunal de apelación, el tendero actuó como un "hombre razonable" cuando concluyó, aunque erróneamente, que el hombre de paisano iba a atacarle.

¿Cuándo puede considerarse un acto como ataque? Fruncir el ceño, desde luego no. Pero si Jones ha empuñado un arma y apuntado en dirección a Smith, aunque aún no haya disparado, resulta ser claramente una amenaza de agresión inminente y podría considerarse que Smith actúa ante Jones en legítima defensa. (En este caso, nuestra opinión y la del "hombre razonable" volverían a coincidir). La forma adecuada de

---

[21] *Courvoisier vs. Raymond*, 23 Colo. 113,47 Pac.284 (1896), y explicación de Epstein en *Cases on Torts*, pp. 21-23; y en Richard A. Epstein, "A Theory of Strict Liability", *Journal of Legal Studies* 2 (Enero de 1973): 173.

[22] Como dijo Epstein: "Bajo una teoría de responsabilidad estricta, el establecimiento de un caso *prima facie* es evidente: el acusado disparó al demandante. La única cuestión difícil se refiere a la existencia de una defensa que toma la forma, el demandante atacó al acusado. Esa cuestión es una cuestión de hecho y el jurado decidió en efecto que el demandante no asustó al acusado como para que le disparara", *ibíd.*

determinar si se ha llegado al punto de ataque es esta: ¿Inició Jones y "acto abierto" amenazando lesiones? Como ha apuntado Randy Barnett:

> En un caso que no llegue a la certidumbre, el único uso justificado de la fuerza es el empleado para repeler un acto abierto que sea algo más que una simple preparación, remota en tiempo y lugar del pretendido delito. Debe ser más que un "riesgo": debe hacerse con la pretensión concreta de cometer un delito y tendente directamente en un grado sustancial a realizarlo.[23]

Se aplican principios similares en casos de transeúntes inocentes. Jones ataca a Smith, Smith dispara en legítima defensa. El disparo se pierde y accidentalmente impacta en Brown, un transeúnte inocente. ¿Debería ser responsable Smith? Por desgracia, los tribunales, acudiendo a la doctrina del "hombre razonable" o de la "negligencia" han sostenido que Smith no es responsable si pretendía razonablemente ejercer su legítima defensa contra Jones.[24] Pero en una teoría libertaria y una teoría de responsabilidad estricta, Smith habría en realidad atacado a Brown, aunque no intencionadamente y debe pagar por este agravio. Así que Brown tiene una acción legal apropiada contra Smith: Como Jones coaccionó o atacó a Smith, éste también tiene una acción independiente y apropiada por asalto o lesiones contra Jones. Presumiblemente, la responsabilidad o sanción contra Jones será comparativamente más severa que contra Smith.

Uno de los grandes defectos de la postura ortodoxa de la negligencia ha sido centrarse en el derecho a la legítima defensa de una de las víctimas (Smith) al repeler un ataque o en su error de buena fe. Pero la doctrina ortodoxa olvida desafortunadamente a la otra víctima: el hombre que frunce el ceño al otro lado de la calle, el hombre de paisano tratando de salvar a alguien, el transeúnte inocente. El derecho del *demandante* a la legítima defensa se ha olvidado lamentablemente. El punto adecuado en el que fijarse en todos estos casos es: ¿Tendría el demandante el derecho a atacar al acusado en *su* legítima defensa? ¿Habrían tenido el hombre que frunce el ceño, el hombre de paisano, el transeúnte inocente, si lo hubieran hecho en su momento, el derecho a disparar en legítima defensa a los acusados sinceros pero equivocados? Sin duda, usando cualquier teoría de la responsabilidad, la respuesta debe ser "sí"; por tanto la palma debe ir a la teoría de la responsabilidad estricta, que se *centra* en el derecho de todos a la legítima defensa y no

---

[23]Randy E. Barnett, "Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice", en *Assessing the Criminal: Restitution, Retribution, and the Legal Process*, R. Barnett y J. Hagel, eds. (Cambridge, Mass.: Ballinger, 1977), p. 377. Posteriormente Barnett ha apuntado que su artículo estaba errado al mencionar "la pretensión concreta de cometer un delito": el aspecto importante está en la *acción* que constituya un delito o agravio en lugar de la pretensión que corresponda.

[24]Ver *Morris vs. Platt*, 32 Conn. 75 (1864), y la explicación de Epstein en *Cases on Torts*, pp. 22-23.

solo en la de un acusado en particular. Porque está claro que como estos demandantes tenían el derecho a atacar al acusado en legítima defensa, entonces éste debe haber sido el agresor dañino, independiente de los sinceras o "razonables" que puedan haber sido sus acciones.

A través de varias ejemplares explicaciones del Profesor Epstein, parece evidente que hay tres teorías distintas de responsabilidad por agravios entremezcladas en nuestra estructura legal. La más antigua, la responsabilidad causal estricta, reparte culpa y cargas basándose en la causa identificable: ¿Quién disparó a quién? ¿Quién atacó a quién? Solo la defensa de la persona y la propiedad era una defensa adecuada contra una acusación de uso de la fuerza. Esta doctrina se vio reemplazada durante el siglo XIX por la teoría de la negligencia o del "hombre razonable", que dejaba libres a muchos acusados culpables si sus acciones se juzgaban razonables o no exhibían una negligencia inapropiada. En efecto, la teoría de la negligencia cambió excesivamente el peso a favor del acusado y en contra del demandante. Por el contrario, la teoría moderna que aparece cada vez más en el siglo XX, deseosa de ayudar a los demandantes (especialmente si son pobres), busca formas de ir contra los acusados incluso si no puede probarse la causa estricta de la invasión física. Si la teoría más antigua se calificaba como "responsabilidad causal estricta", la moderna podría calificarse como "responsabilidad presunta", ya que la presunción parece estar contra el acusado, en violación flagrante de la presunción de inocencia por parte del acusado de la *ley criminal* anglosajona.[25]

Si extendemos nuestra explicación de crímenes contra la persona a los crímenes contra la propiedad, podemos aplicar la misma conclusión: Todos tienen derecho a defender su propiedad contra un acto abierto iniciado contra ella. No podemos ejercer fuerza contra un presunto agresor (un allanador de su terreno o propiedad) hasta que éste inicie fuerza por medio de un acto abierto.

¿Cuánta fuerza puede usar una víctima para defender a su persona o propiedad frente a una invasión? Debemos rechazar como completamente inadecuada la doctrina legal actual de que solo puede usar fuerza "razonable", lo que en la mayoría de los casos ha reducido el derecho de la víctima a defenderse prácticamente a la nulidad.[26] En la ley actual, a una víctima solo se le permite el uso de fuerza máxima o "mortal": (a) en su propia casa y solo si está bajo un ataque personal directo o (b) si no hay forma de que pueda retirarse cuando esté personalmente bajo ataque. Todo esto es un sinsentido peligroso. *Cualquier* ataque personal

[25]Sobre la relación entre ley criminal y ley de agravios, ver la sección titulada "Convirtiendo el delito en agravio".

[26]Mientras que la ley moderna discrimina en contra del acusado en los casos económicos, discrimina duramente a la víctima en su uso de la fuerzo personal en la legítima defensa. En otras palabras, se permite al estado el uso de fuerza excesiva en los tribunales en casos económicos (cuando los acusados son las empresas o los ricos), pero a las víctimas individuales apenas se les permite usar la fuerza en absoluto.

podría resultar ser asesino: la víctima no tiene forma de saber si el agresor va a dejar de infligirle una lesión grave. La víctima debería tener derecho a actuar con la suposición de que *cualquier* ataque es implícitamente mortal y por tanto tiene derecho a usar fuerza mortal para responder.

En la ley actual, la víctima tiene incluso un panorama más sombrío en lo que se refiere al defender la integridad de su propia tierra o propiedades muebles. Porque es este caso ni siquiera se le permite usar fuerza mortal al defender su propia casa, mucho menos otros terrenos o propiedades. El razonamiento parece ser que como a un víctima no se le debería permitir matar a un ladrón que roba su reloj, no debería por tanto poder disparar al ladrón en el proceso de robo del reloj o en su persecución. Pero el castigo y la defensa de la persona y la propiedad no son lo mismo y deben tratarse de manera diferente. El castigo es un acto de retribución después de que se haya cometido un delito y aprehendido, juzgado y condenado al delincuente. La defensa cuando se está cometiendo un delito o hasta que se recupere la propiedad y se detenga al criminal es algo muy diferente. La víctima debería tener derecho a utilizar cualquier fuerza, incluyendo la mortal, para defender o recuperar su propiedad, siempre que el delito *esté en proceso de comisión*, es decir, hasta que el delincuente sea aprehendido y juzgado adecuadamente por un proceso legal. En otras palabras debería poder disparar a los saqueadores.[27]

LA CARGA APROPIADA DEL RIESGO

Por tanto concluimos que nadie puede usar la fuerza para defenderse a sí mismo o a su propiedad hasta la iniciación de un acto abierto de agresión contra ella. ¿No impone esta doctrina un riesgo inapropiado a todos?

La respuesta básica es que la vida siempre tiene riesgos e incertidumbre y que no hay forma de evitar este hecho primordial. Cualquier cambio en la carga del riesgo que los quite a una persona simplemente lo pone en otra. Así que si nuestra doctrina hace más arriesgado esperar hasta que alguien empiece a agredirnos, también hace la vida *menos* arriesgada, porque como no agresor uno está más seguro de que ninguna supuesta víctima fuera de sí se abalance sobre ti en una supuesta "legítima defensa". No hay forma de que la ley reduzca el riesgo general, por lo que se convierte en importante utilizar algún otro principio para establecer los límites de la acción permisible y por tanto asignar

[27]Para el estado actual de la doctrina legal, ver Prosser, *Law of Torts*. pp. 108-125, 134 y ss. Como indica Epstein, basar los límites apropiados de la legítima defensa en el castigo permisible implicaría que en jurisdicciones que hayan abolido la pena capital, nadie puede usar fuerza mortal ni siquiera en legítima defensa contra un ataque mortal. Hasta ahora los tribunales no han estado dispuestos a aceptar este *reductio ad absurdum* de su propia postura. Epstein, *Cases on Torts*, p. 30.

las cargas del riesgo. El axioma libertario de que todas las acciones son permisibles excepto actos de abierta agresión ofrece una base justificada para la asignación de riesgos.

Hay razones más profundas de por qué los riesgos no pueden reducirse o minimizarse mediante una acción legal abierta. El riesgo es un concepto subjetivo único para cada individuo, por tanto no puede ponerse en forma cuantitativa medible. Por tanto no puede compararse ningún grado cuantitativo de riesgo de una persona con el de otra y no puede obtener ninguna medida general del riesgo social. Como concepto cuantitativo, el riesgo general o social tiene tan poco sentido como el concepto de los economistas de los "costes sociales" o los beneficios sociales.

En un mundo libertario, todos asumirían la "carga apropiada de riesgo"[28] que les correspondería como seres humanos libres responsables de sí mismos. Ése sería el riesgo que habría en cada persona y propiedad humanas. Por supuesto, los individuos podrían voluntariamente compartir riesgos, como en distintas formas de seguro, en la que los riesgos se comparten y se pagan indemnizaciones a los perdedores a partir del fondo compartido. O los especuladores podrían asumir voluntariamente riesgos de futuros cambios de precios que los que otros se desprendan en operaciones de cobertura en el mercado. O un hombre podría asumir los riesgos de otro a cambio de un pago, como en el caso de representaciones y otras formas de vinculación. Lo que no sería permisible es que un grupo se juntara y decidiera que otro grupo se viera obligado a asumir sus riesgos. Si un grupo, por ejemplo, fuerza a un segundo grupo a garantizar las rentas del primero, se aumentan mucho los riesgos para estos últimos, en detrimento de sus derechos individuales. Por supuesto, a largo plazo todo el sistema podría desmoronarse, ya que el segundo grupo solo puede ofrecer garantías de su propia producción y rentas, que están condenadas de caer a medida que la carga del parasitismo social se expande y afecta a la sociedad.

[28]Es el mismo concepto pero con un nombre distinto para la frase pionera de Williamson Evers "la asunción adecuada de riesgo". La frase actual evita la confusión con el concepto de "asunción de riesgo" en la ley de agravios, que se refiere al riesgo voluntariamente asumido por un demandante y que por tanto niega sus intentos de acción contra un acusado. La "carga adecuada de riesgo" se relaciona con el concepto legal, pero se refiere a qué riesgo *debería* asumir cada persona de acuerdo con la naturaleza del hombre y de una sociedad libre, en lugar de en qué riesgo ha asumido voluntariamente un demandante. Ver Rothbard, "Nozick and the Immaculate Conception of the State", pp. 49-50.

LA CARGA APROPIADA DE LA PRUEBA

Si la carga de riesgo apropiada de cada hombre es evitar la coacción salvo que se haya iniciado un acto abierto contra su persona o propiedad,[29] entonces ¿cuál es la carga apropiada de prueba contra un acusado?

Primero, debe haber *algunos* estándares racionales de prueba para que operen los principios libertarios. Supongamos que el axioma básico del libertarismo (no iniciación de fuerza contra personas o propiedades) se consagrara en todos los procedimientos judiciales. Pero supongamos que el único criterio de prueba sea que todas las personas que midan menos de un metro ochenta serán consideradas culpables, mientras que quienes midan más serán inocentes. Está claro que estos estándares procedimentales de prueba estarían en flagrante violación de los principios libertarios. Lo mismo pasaría cuando las pruebas de concurrencias irrelevantes o aleatorias decidan el caso, como en el juicio de Dios medieval o el juicio por hojas de té o cartas astrológicas.

Desde un punto de vista libertario el procedimiento adecuado pide por tanto una prueba racional de la culpabilidad o inocencia de personas acusadas de agravios o delitos. La evidencia ser categórica en demostrar una cadena causal estricta de actos de invasión de la persona o la propiedad. Debe aportarse evidencia que demuestre que el agresor A inició de hecho un acto físico abierto invadiendo la persona o propiedad de la víctima B.[30]

Entonces, ¿quién debería soportar la carga de la prueba en cada caso particular? ¿Y qué criterio o estándar de prueba debería satisfacerse?

El principio libertario básico es que debería permitirse a todos hacer lo que estén haciendo salvo que estén cometiendo un acto abierto de agresión contra otro. ¿Pero qué pasa con las situaciones en que no está claro si una persona está cometiendo una agresión o no? En esos casos, el único procedimiento en consonancia con los principios libertarios es no hacer nada; tratar de asegurarse de que la agencia judicial no está coaccionando a un hombre inocente.[31] Si no estamos seguros, es mucho

---

[29]O un acto abierto contra cualquier otro. Si es legítimo que una persona se defienda a sí mismo o a su propiedad, entonces es igualmente legítimo que pida a otras personas o agencias que le ayuden en esa defensa o que pague por este servicio de defensa.

[30]Thayer, en su clásico tratado sobre la evidencia, escribió: "Hay un principio (…) una presuposición implícita en la misma concepción de un sistema racional de evidencia que prohíbe aceptar cualquier cosa irrelevante, no probativa lógicamente", Thayer, *Preliminary Treatise on Evidence* (1898), pp. 264 y ss., citado en *McCormick's Handbook of the Law of Evidence*, E. W. Cleary, ed., 2nd ed. (St Paul, Minn.: West Publishing, 1972), p. 433.

[31]Benjamin R. Tucker, el principal pensador anarco-individualista de finales del siglo XIX escribía: "No usar la fuerza, excepto contra el invasor y en los casos en que es difícil decir si el supuesto delincuente es un invasor o no, seguir sin usar la fuerza excepto donde la necesidad de una solución inmediata sea tan imperativa que debamos usarla para salvarnos nosotros mismos". Benjamin R. Tucker, *Instead of a Book* (Nueva York: B.R. Tucker, 1893), p. 98. Ver también *ibíd*., pp. 74-75.

mejor dejara pasar un acto agresivo que imponer coacción y por tanto cometer nosotros mismos una agresión.[32] Una idea fundamental del juramento hipocrático "al menos, no dañar" debería aplicarse asimismo a agencias legales o judiciales.

La presunción en todo caso debe ser, por tanto, de que todo acusado es inocente hasta que se pruebe que es culpable y la carga de la prueba debe recaer en el demandante.[33]

Si siempre debemos insistir en el laissez faire, se esto se deduce que un estándar de prueba tan débil como la "preponderancia de la evidencia" no debe permitirse que sirva como demostración de culpabilidad. Si el demandante genera evidencia a la que se declara por alguna razón pesar un simple 51% en relación con la culpabilidad del acusado, esto es poco mejor que echarlo a suertes como justificación para que el tribunal use la fuerza contra el acusado. La presunción de inocencia debe establecerse, por tanto, como una estándar superior de prueba.

Actualmente la "preponderancia de la evidencia" se usa para sentenciar casos civiles, mientras que se emplea un estándar más duro para casos criminales, ya que las sanciones son mucho más duras. Pero para los libertarios la prueba de culpabilidad no debe ligarse al grado de castigo: independientemente del castigo, la culpabilidad implica coacción de algún tipo contra el acusado convicto. Los acusados merecen tanta protección en los agravios civiles como en los casos criminales.[34]

Unos pocos jueces, comprensiblemente molestos por la opinión dominante de que un mero 51% de la evidencia pueda servir para condenar, han cambiado el criterio para estar seguros de que sea quien sea el que juzgue el caso (juez o jurado) esté *convencido* de la culpabilidad por la preponderancia de evidencia. Un criterio más satisfactorio, sin embargo es que el juzgador deba estar convencido de la culpabilidad del acusado por "prueba clara, fuerte y convincente".[35] Por suerte esta prueba se ha venido usando cada vez más en casos civiles: Aún mejor serían las

---

[32]Cleary lo apunta bien, aunque desafortunadamente lo aplica solo a los casos criminales: "La sociedad ha juzgado que significativamente peor que un hombre inocente sea encontrado culpable de un delito que el que un hombre culpable quede libre (…). Por tanto como declaró el Tribunal Supremo al reconocer la inevitabilidad del error en los casos criminales (…) este margen de error se reduce respecto de él [el acusado] por el proceso de poner en la otra parte la carga (…) de persuadir a la conclusión del juicio de su culpabilidad más allá de cualquier duda razonable. Al hacerlo, los tribunales tienen (…) el digno objetivo de disminuir el número de un tipo de errores: la condena del inocente". *McCormick's Hand book of Evidence*, pp. 798-799.

[33]La carga de la prueba recae también en el demandante en la ley contemporánea. Cleary escribe: las cargas del alegato y la prueba con relación a la mayoría de los hechos han recaído y debería ser así en el demandante que generalmente busque cambiar el actual estado de cosas y de quien por tanto debería esperarse que asuma el riesgo de fracasar en la prueba o la persuasión". *Ibíd*., p. 786. Cleary también habla de "la tendencia natural a poner las cargas en la parte que desea el cambio". *Ibíd*., p. 788-789.

[34]Ver la sección aquí titulada "Convirtiendo el delito en agravio".

[35]Ver *McCormick's Handbook of Evidence*, pp. 794 y ss.

formulaciones más fuertes pero generalmente rechazadas de ciertos jueces de una prueba "clara, positiva e inequívoca" y una opinión de un juez de que la expresión significa que los demandantes "deben (…) satisfacer una certidumbre moral".[36]

Pero el mejor estándar de cualquier prueba de culpabilidad es el usado comúnmente en los casos criminales: La prueba "más allá de cualquier duda razonable". Evidentemente, casi siempre persistirá *alguna* duda al evaluar las acciones de la gente, así que una estándar así "más allá de cualquier pizca de duda" sería lamentablemente no realista. Pero la duda debe ser suficientemente pequeña como para que cualquier "hombre razonable" esté convencido del hecho de la culpabilidad del acusado. La sentencia de condena "más allá de cualquier duda razonable" parece ser el estándar más en consonancia con el principio libertario.

El destacado abogado constitucional libertario del siglo XIX Lysander Spooner, fue un decidido defensor del patrón "más allá de cualquier duda razonable" para toda culpabilidad:

> las vidas, libertades y propiedades de los hombres son demasiado valiosas para ellos y las presunciones naturales son demasiado fuertes a su favor para justificar su destrucción por sus conciudadanos simplemente sopesando probabilidades, *o sobre cualquier base por debajo de la certidumbre más allá de una duda razonable*. (Las cursivas son de Spooner).[37]

Aunque el criterio de la duda razonable no se ha usado generalmente en casos civiles, sí existen unos pocos precedentes para esta propuesta aparentemente audaz y sorprendente. Así, en la reclamación de un regalo ofertado oralmente en un caso de autenticación, el tribunal decidió que el presunto regalo "debe ser probado por un testimonio contundente, claro y concluyente que convenza al tribunal más allá de cualquier duda razonable de su completa veracidad". Y en una demanda para revisar un contrato escrito, el tribunal decidió que el error debe "establecerse con una evidencia tan fuerte y concluyente como para ponerla más allá de cualquier duda razonable".[38]

---

[36] *Ibid*., p. 796. Aquí debemos alabar a los depreciados jueces en *Molyneux vs. Twin Falls Canal Co*., 54 Idaho 619, 35 P. 2d 651, 94 A.L.R. 1264 (1934) y *Williams vs. Blue Ridge Building & Loan Assn*., 207 N.C. 362,177 S.E. 176 (1934).

[37] C. Shiveley, ed., *The Collected Works of Lysander Spooner* (Weston, Mass.: M. and S. Press, 1971),2, pp. 208-209. Debería apuntarse que tampoco Spooner hacía ninguna distinction entre casos civiles y criminals en este aspect. Debo esta referencia a Williamson Evers.

[38] *St. Louis Union Co. vs. Busch*, 36 Mo. 1237, 145 S.W. 2d426, 430 (1940); *Ward vs. Lyman*, 108 Vt 464,188 A. 892, 893 (1937). *McCormick's Handbook of Evidence*, pp. 797, 802.

CAUSALIDAD ESTRICTA

Lo que el demandante debe probar, por tanto, más allá de cualquier duda razonable es una conexión causal estricta entre el acusado y su agresión contra el demandante. Debe probar, en resumen, que A realmente "causó" una invasión de la persona o propiedad de B.

En un brillante análisis de la causación en la ley, el Profesor Epstein ha demostrado que su propia teoría de la responsabilidad estricta en los agravios está íntimamente conectada con una visión de la "causa" directa, estricta y de sentido común. La proposición causal en una visión de responsabilidad estricta de la ley toma una forma como "A golpeó a B", "A amenazó a B" o "A incitó a B a golpear a C". La teoría ortodoxa de los agravios, por el contrario, el destacar la responsabilidad por "negligencia" en lugar de por acción de agresión directa, está enredada con teorías vagas y complejas de "causa", muy alejadas de la variedad de sentido común "A golpeó a B". La teoría de la negligencia postula una noción vaga, "filosófica" de "causa en hecho" que prácticamente echa la culpa a todos y a nadie, pasado, presente o futuro, de cada acto y luego limita la causa de una manera vaga y poco satisfactoria a la "causa próxima" en el caso concreto. El resultado, como apunta agudamente Epstein, es viciar el concepto de causa completamente y dejar a los tribunales decidir los casos arbitrariamente y de acuerdo con sus propias opiniones de política social.[39]

Para establecer la culpabilidad y responsabilidad, la causalidad estricta de la agresión que lleve al daño debe cumplir con la prueba rígida más allá de cualquier duda razonable. El presentimiento, la conjetura, la verosimilitud, incluso la mera probabilidad no son suficientes. En años recientes, la correlación estadística se ha usado generalmente, pero no puede establecer la causación, sin duda no para una prueba legal rigurosa de culpabilidad o daño. Así, si el cáncer de pulmón tiene una mayor incidencia entre fumadores de cigarrillos, esto por sí mismo no establece por sí mismo una prueba de causación. El mismo hecho de que muchos fumadores no sufran cáncer de pulmón y que mucha gente que sufre cáncer de pulmón nunca haya fumado indica que hay otras variables complejas en acción. Así que aunque la correlación resulte sugestiva, difícilmente será suficiente como para establecer una prueba médica o científica; *a fortiori* menos podría establecer cualquier tipo de culpabilidad legal (por ejemplo, un esposa que desarrolle un cáncer de pulmón

[39]De acuerdo con Epstein: "Una vez que se decide que no hay un contenido sólido del término causación, los tribunales son libres de decidir las demandas concretas de acuerdo con los principios de la 'política social' bajo el disfraz de la doctrina de la causa próxima". Epstein, 2A Theory of Strict Liability", p. 163. Esos conceptos nebulosos e inoperables como "factor sustancial" en un daño o "razonablemente previsible" han sido de poca ayuda para orientar en las sentencias sobre "causa próxima". Para una crítica excelente de las pruebas "pero para" para la "causa de hecho" en la teoría de la negligencia, así como el intento Chicago-posnerita de eliminar completamente el concepto de causa en la ley de agravios, ver *ibíd*.. pp. 160-162, 163-166.

no podría demandar a su marido por fumar y por tanto dañar sus pulmones).[40]

Milton Katz apunta, en un caso en que el demandante reclamaba por daños por contaminación del aire:

> Supongamos que el demandante reclame un daño serio: tal vez un enfisema o un cáncer de pulmón, bronquitis o alguna otra lesión grave a sus pulmones. Afrontaría un problema de prueba de causación (…). Los diagnósticos médicos parecen haber establecido que el dióxido de azufre y otros contaminantes del aire desempeñan a menudo un papel significativo en la etiología del enfisema y otras formas de daño pulmonar. Pero no son en modo alguno los únicos posibles factores causantes. El enfisema y el cáncer de pulmón son dolencias complejas que pueden originarse por muchas causas, por ejemplo, fumar cigarrillos, por nombrar un ejemplo familiar. Si el demandante tuviera éxito en establecer que la conducta del acusado contaminó el aire de su casa, de eso no se seguiría que la contaminación causara la dolencia. El demandante aún tendría que cumplir con la carga independiente de probar la etiología de su daño pulmonar.[41]

Así que debe existir una conexión causal estricta entre un agresor y una víctima y esta conexión debe ser demostrable más allá de cualquier duda razonable. Debe ser una causalidad de sentido común de prueba estricta de la variedad "A golpeó a B", no una mera probabilidad de correlación estadística.

---

[40]Si un fumador empedernido que desarrollara un cáncer de pulmón demandara a una compañía de tabaco, hay aún más problemas. El menor no es que el fumador haya asumido voluntariamente el riesgo, por lo que esta situación difícilmente podría calificarse de agresión o agravio. Como escribe Epstein: "Supongamos que el demandante fumara distintas marcas de cigarrillos a lo largo de su vida. O que siempre haya vivido en una ciudad con humo. Y si el demandante puede superar el obstáculo causal, ¿podrá superar la defensa de la asunción del riesgo? Epstein, *Cases on Torts*, p. 257. Ver también Richard A. Wegman, "Cigarettes and Health: A Legal Analysis", *Cornell Law Quarterly* 51 (Verano de 1966): 696-724.

Un caso particularmente interesante de pleito sobre cáncer que resulta instructivo sobre la cuestión de la causalidad estricta es *Kramer Service Inc. vs. Wilkins* 184 Miss. 483,186 So. 625 (1939), en Epstein, *Cases on Torts*, p. 256. El tribunal resumió el estado real de la evidencia causal médica en*Daly vs. Bergstedt* (1964), 267 Minn. 244, 126 N. W. 2d 242. En Epstein, *Cases on Torts*, p. 257. Ver asimismo la excelente explicación de Epstein de *DeVere vs. Parten* (1946), en el que la demandante se vio adecuadamente amonestado en un absurdo intento de afirmar que el acusado era responsable de una enfermedad que ella había contraído.

[41]Milton Katz, "The Function of Tort Liability in Technology Assessment", *Cincinnati Law Review*38 (Otoño de 1969): 620.

RESPONSABILIDAD SÓLO DEL AGRESOR

Bajo una teoría de la responsabilidad estricta, podría suponerse que si "A golpeó a B" entonces A es el agresor que por tanto A y solo A es responsable ante B. Y aún así la doctrina legal ha creado y hecho triunfar, aprobado incluso por el Profesor Epstein, que algunas veces C, inocente y no agresor, también sea considerado responsable. Es la conocida teoría de la "responsabilidad indirecta".

La responsabilidad indirecta apareció en la ley medieval, en la que un amo era responsable de los agravios cometidos por sus sirvientes, siervos, esclavos y esposa. A medida que se desarrolló el individualismo y el capitalismo, cambió la ley común y despareció la responsabilidad indirecta en los siglos XVI y XVII, cuando se concluyó sensatamente que "el amo no debería ser responsable de los agravios de su siervo salvo que le haya ordenado el acto concreto".[42]

Sin embargo, desde los siglos XVIII y XIX, la responsabilidad indirecta de amos y empresarios ha vuelto en forma de venganza. Siempre que el agravio se cometa por el empleado en el curso del desarrollo, aunque solo sea en parte, del negocio de su contratador, entonces el empresario también es responsable. La única excepción es cuando el sirviente "juguetea por su cuenta", sin relación con el negocio del empresario. Prosser escribe:

> El hecho de que el acto del inferior esté expresamente prohibido por el superior, o se haga de una forma en que se le ha prohibido, (…) normalmente no es concluyente y no impide por sí mismo que un acto esté en el ámbito laboral [y por tanto haga responsable al superior]. Un superior no puede eludir su responsabilidad simplemente ordenando a su inferior que actúe cuidadosamente (…). Así que las instrucciones a un vendedor de no cargar nunca un arma cuando la muestre no impide su responsabilidad se éste lo hace al tratar de vender el arma (…). El superior no puede eludir la responsabilidad si n que importe lo concretas, detalladas y categóricas que hayan sido sus órdenes. Esto ha quedado claro desde los principales casos ingleses (*Limpus vs. London General Omnibus Co.*, [1862] 1H. & C. 526, 158 Eng. Rep. 993) en los que una compañía de ómnibus fue considerada como responsable a pesar de haber dado órdenes concretas a su conductor de no obstaculizar a otros vehículos.[43]

Es aún más remarcable que el superior se considera ahora como responsable incluso en agravios intencionados cometidos por el inferior sin consentimiento el superior:

---

[42]Prosser, *Law of Torts*, p. 458.

[43]*Ibíd.*, p. 461.

> En general, se considera responsable al superior de cualquier agravio intencional cometido por el inferior cuando su propósito, aunque sea erróneo, se favorecer completamente o en parte el negocio del superior.
>
> Así que será considerado responsable si su conductor echa a la cuneta a un autobús competidor o ataca a alguien que se cuela para echarle del autobús o si un vendedor dice cosas falsas acerca del producto que está comprando.[44]

Prosser se burla correctamente del tortuoso razonamiento con el que los tribunales han tratado de justificar un concepto legal tan opuesto al libertarismo, el individualismo y el capitalismo y apropiado solo para un sociedad pre-capitalista.

> Se han ofrecido multitud de explicaciones ingeniosas para la responsabilidad indirecta de un superior: Tiene un "control" más o menos ficticio sobre el comportamiento de un inferior; ha "puesto en marcha todo" y por tanto es responsable de lo que ha ocurrido; ha elegido al inferior y confiado en él, así que debe sufrir sus errores, en lugar de un extraño inocente que no ha tenido la oportunidad de protegerse; es una gran concesión que se permita a cualquier hombre emplear a otro y por tanto debería haber una responsabilidad correspondiente como precio a pagar por ello (…). La mayoría de los tribunales han realizado pocos o ningún esfuerzo por explicar el resultado y se han refugiado en frases vacías como (…) la fórmula interminablemente repetida de "respondeat superior", que en sí no significa nada más que "busquen al hombre que está por encima".[45]

De hecho, como indica Prosser, la única justificación real para la responsabilidad indirecta es que los empresarios generalmente tienen más dinero que los empleados, así que resulta más cómoda (si uno no es el empresario) cargar con la responsabilidad a la clase más pudiente. En las cínicas palabras de Thomas Baty: "La auténtica realidad es que la razón de la responsabilidad del empresario es que las indemnizaciones se toman de un bolsillo profundo".[46]

También en contra tenemos la lúcida crítica del Juez Holmes: "Supongo que el sentido común se opone a hacer que un hombre pague por el error de otro, salvo que realmente haya hecho que se produzca el error (…) Por tanto, supongo que el sentido común se opone a la teoría fundamental de la agencia".[47]

---

[44] *Ibíd.*, p. 464.

[45] *Ibíd.*, p. 459.

[46] *Ibíd.*

[47] En sus artículos sobre "Agency" en *Harvard Law Review* (1891). Ver Epstein, *Cases on Torts*, p. 705.

Uno esperaría que en una teoría de la responsabilidad causal estricta la responsabilidad indirecta fuera despreciada sin ceremonias. Por eso es sorprendente que el Profesor Epstein viole el espíritu de su propia teoría. Parece tener dos defensas para la teoría del *respondeat superior* y la responsabilidad indirecta. Uno es el curioso argumento de que "igual que el empresario se beneficia de las actividades de su trabajador, también debería soportar las pérdidas de estas actividades".[48] Esta afirmación no aprecia la naturaleza del intercambio voluntario: Tanto el empresario como el empleado se benefician del contrato salarial. Además, el empresario sí soporta la "pérdidas" en el caso de su producción (y por tanto sus recursos) resulten estar mal dirigidos. O supongamos que el empresario comete un error un contrata a un apersona incompetente, a quien le paga $10.000. El empresario puede despedir a este trabajador, pero él y solo él soporta la pérdida de los $10.000. Así que no parece haber ninguna razón legítima para forzar al empresario a soportar el coste *adicional* del comportamiento incorrecto de su empleado.

El segundo argumento de Epstein se contiene en la frase: "La empresa X me perjudica porque su empleado hizo esto en el desarrollo de su trabajo". Aquí Epstein comete el error del realismo conceptual, ya que supone que realmente existe una "empresa" y que esta cometió un acto de agresión. En realidad, una "empresa" no actúa: solo actúan los individuos y cada uno debe ser responsable de sus propias acciones y solo de ellas. Epstein puede burlarse de la postura de Holmes por estar basada en la "premisa del siglo XIX de que solo la conducta del individuo es la base de la responsabilidad individual", pero Holmes tenían razón en cualquier caso.[49]

UNA TEORÍA DE LA PROPIEDAD JUSTA: LA OCUPACIÓN

Hay dos principios fundamentales en los que se basa la teoría libertaria de la propiedad justa: (a) Todos tienen un derecho de propiedad absoluto sobre su propio cuerpo y (b) todos tienen un derecho de propiedad absoluto sobre recursos naturales previamente sin dueño (tirrenos) que primero ocupe y ponga en uso (en expresión de Locke: "Mezclando su trabajo con la tierra").

El principio del "primer propietario para el que primero lo use" para los recursos naturales, también es llamado popularmente el "principio de ocupación". Si cada hombre posee el terreno "con el que mezcla su trabajo", entonces posee el trabajo de esta mezcla y tiene el derecho a in-

[48] *Ibíd.*, p. 707.
[49] *Ibíd.*, p. 705.

tercambiar títulos de propiedad con otros productores similares. Esto establece el derecho de libre contratación en el sentido de transferencia de títulos de propiedad. También establece en derecho de deshacerse de esos títulos, ya sea por donación o legado.

La mayoría de nosotros pensamos que la ocupación de recursos no usados de la forma antigua de aclarar una parcela de terreno sin dueño y arar la tierra. Sin embargo hay formas más modernas y sofisticadas de ocupación, que deberían establecer un derecho de propiedad. Supongamos, por ejemplo, que se construye un aeropuerto con una gran porción de terreno vacío a su alrededor. El aeropuerto genera un nivel de X decibelios con las ondas sónicas que cruzan el terreno vacío. Entonces una promotora inmobiliaria compra terrenos cerca del aeropuerto. Más tarde, los propietarios de las viviendas demandan al aeropuerto por ruido excesivo que interfiere con el uso y disfrute tranquilo de las casas.

Un ruido excesivo puede considerarse una forma de agresión pero en este caso el aeropuerto ya ha ocupado los X decibelios de ruido. Con su reclamación previa, el aeropuerto ahora "tiene el derecho" a emitir X decibelios de ruido en el área que le rodea. En términos legales, podemos decir luego que el aeropuerto, a través de la ocupación, se ha ganado un *derecho de servidumbre* a crear X decibelios de ruido. Esta servidumbre de ocupación es un ejemplo del antiguo concepto legal de "usucapión", en el que cierta actividad genera un derecho prescriptivo de propiedad para la persona que realiza la acción.

Por otro lado, si el aeropuerto empieza a *aumentar* los niveles de ruido, entonces los propietarios de viviendas podrían demandar o prohibir al aeropuerto esta agresión sonora por los decibelios extra que se habían ocupado. Por supuesto, si se construye un nuevo aeropuerto y empieza es emitir un sonido de X decibelios a las viviendas de alrededor, éste será completamente responsable de la invasión sonora.

Debería estar claro que la misma teoría debería aplicarse a la contaminación del aire. Si A está causando la contaminación del aire de B y esto puede probarse más allá de una duda razonable, entonces es una agresión y debería prohibirse y pagarse los daños de acuerdo con las responsabilidad estricta, salvo que A haya estado allí antes y ya hubiera estado contaminando el aire antes de que se creara la propiedad de B. Por ejemplo, si una fábrica propiedad de A contaminaba una propiedad originalmente no usada hasta una cierta cantidad de contaminante X, entonces puede decirse que A *ha ocupado una servidumbre de contaminación* de un cierto grado y tipo.

A partir de una servidumbre preceptiva, los tribunales generalmente han actuado bien al decidir sus límites. En *Kerlin vs. Southern Telephone and Telegraph Co.*(1941), una empresa de servicio público había mantenido una servidumbre por usucapión de postes y cables telefónicos sobre terrenos de otros (llamados "propiedad sirviente" en la ley). La empresa quería tender dos cables adicionales y la propiedad sirviente

cuestionó su derecho a hacerlo. El tribunal decidió correctamente que la empresa tenía derecho a hacerlo porque no había cambio propuesto en los "límites exteriores del espacio utilizado por el propietario de la servidumbre". Por otro lado, un antiguo caso inglés decidió que una servidumbre para carros en movimiento no podía usarse posteriormente para el fin de llevar rebaños.50

Por desgracia, los tribunales no han reconocido el concepto de ocupación en una servidumbre de ruido o contaminación. El caso clásico es *Sturgis vs. Bridgman*(1879) en Inglaterra. En demandante, un médico, había comprado un terreno en 1865; en un terreno junto al suyo, el acusado, un farmacéutico, utilizaba un mortero que causaba vibraciones en la propiedad del médico. No hubo problemas, sin embargo, hasta que el médico puso una consulta 10 años más tarde. Entonces reclamó que el farmacéutico cesara en su actividad, alegando que su trabajo resultaba una molestia. El acusado argumentaba correctamente que las vibraciones existían antes de la creación de la consulta y que entonces no constituían una molestia y que por tanto tenía un derecho por prescripción a seguir operando su negocio. Sin embargo se negó la alegación del acusado.

En consecuencia tenemos esa injusticia por cambios obligatorios en el carácter de un negocio y una incapacidad de ofrecer una prescripción por primer uso. Así, Prosser apunta que "el carácter de un distrito puede cambiar con el paso del tiempo o puede requerírsele que modifique sus actividades cuando se crean residencias a su alrededor. No adquirirá ningún derecho por prescripción".[51] Una ley justa diría a los residentes que llegasen más tarde que sabían a dónde llegaban y *deben* adaptarse al ambiente industrial en lugar de al contrario.

Sin embargo en algunos casos los tribunales han sostenido o al menos considerado que al "venir a la molestia" los demandantes han entrado voluntariamente en una situación preexistente y que por tanto el acusado no es culpable. Prosser dice que "en ausencia de un derecho prescriptivo el acusado no puede condenar a las propiedades colindantes a soportar la molestia", pero nuestro punto de vista es que el ocupante de una servidumbre de ruido o contaminación ha obtenido de facto este derecho en los casos de "venir a la molestia".[52]

La opinión que domina los tribunales, como en el caso *Ensign vs. Walls* (1948), descarta o minimiza "venir a la molestia" y rechaza la idea de una servidumbre por ocupación. Pero la opinión minoritaria la ha apoyado con fuerza, como en el caso de Nueva York *Bove vs. Donner-*

---

[50]*Kerlin vs. Southern Telephone & Telegraph Co.* (Ga.), 191 Ga. 663, 13 S.E. 2d 790 (1941);*Ballard vs. Dyson* (1808) 1 Taunt. 279, 127 Eng. Rep. 841. En William E. Burby, *Handbook of the Law of Real Property*, 3ª ed. (St Paul, Minn.: West Publishing, 1965), pp. 84-85.

[51]Prosser, *Law of Torts*, pp. 600-601. Ver también Burby, *Law of Real Property*, p. 78. *Sturges vs. Bridgman* (1879), 11 Ch, Div. 852.

[52]Prosser, *Law of Torts*, p. 611.

Hanna Coke Co. (1932). La demandante se había trasladado a una zona industrial donde el acusado tenía un horno de cocina al otro lado de la calle. Cuando la demandante trato de hacer que el horno desapareciera, el tribunal rechazó la demanda con estas palabras ejemplares:

> Con todo el polvo, humo y gas que necesariamente viene de chimeneas de fábricas, trenes y barcos y conociendo perfectamente que esta zona estaba especialmente adaptada para finas industriales más que residenciales y que la fábricas aumentarían en el futuro, el demandado seleccionó esta localidad como lugar de su futura casa. Se trasladó voluntariamente a este distrito, completamente consciente del hecho de que la atmósfera estaría constantemente contaminada por polvo, gas y malos olores y que no podía esperar en esta localidad el aire de puro de una zona estrictamente residencial. Evidentemente veía ciertas ventajas al vivir en este centro congestionado. No es el caso de una industria, con su correspondiente ruido y polvo, invadiendo un tranquilo distrito residencial. Es justamente lo contrario. Aquí se construye una residencia en un área naturalmente adaptada para fines industriales y ya dedicada a ese uso. Difícilmente puede considerarse la queja del demandante en esta fecha tardía de que su paz y confort se hayan visto afectados por una situación que existía, al menos en cierto grado, en el mismo momento en que compró su propiedad.[53]

MOLESTIAS, VISIBLES E INVISIBLES

Una invasión del terreno de otro puede considerarse un *allanamiento* o una *molestia* y hay una confusión considerable acerca de los límites de ambos. Para nuestros fines es importante la distinción clásica entre ambos. El allanamiento se produce cuando "hay una entrada física que es una interferencia directa con la posesión del terreno, lo que normalmente debe hacerse de una forma tangible".[54] Por otro lado, "el contacto con partículas diminutas o intangibles, como el polvo industrial, humos nocivos o rayos de luz, se ha considerado hasta ahora insuficiente como para constituir un allanamiento, en base a que no hay interferencia con la

[53] *Bove vs. Donner-Hanna Coke Corp.*, 236 App. Div.37, 258 N. Y.S. 229 (1932), citada en Epstein, *Cases on Torts*, p. 535. Sin embargo, en oposición a Epstein, el venir a la molestia no es sencillamente una asunción de riesgo por parte del demandante. Es una defensa más fuerte, pues se basa en una asignación real de un derecho de propiedad en la actividad de creación de la "molestia", que es por tanto absoluta, primordial e irrevocable. Cf. Richard A. Epstein, "Defenses and Subsequent Pleas in a System of Strict Liability", *Journal of Legal Studies* 3 (1974): 197-201.

[54] "Note: Deposit of Gaseous and Invisible Solid Industrial Wastes Held to Constitute Trespass", *Columbia Law Review* 60 (1960): 879.

posesión o en que la entrada no es directa o en que la invasión no puede calificarse como entrada por su naturaleza imponderable o intangible".[55]

Estas invasiones más intangibles se califican como molestias privadas y pueden perseguirse como tales. Una molestia puede ser, como apunta Prosser:

> una interferencia con la condición física del propio terreno, como vibraciones o explosiones que dañan una casa, la destrucción de cosechas, inundación, aumento del nivel de aguas o contaminación de una corriente de agua o un suministro subterráneo de ésta. Puede consistir en una perturbación del confort o la comodidad del ocupante, como por olores molestos, humo o polvo o gas, ruidos altos, luz excesiva o alta temperatura o incluso repetidas llamadas telefónicas.[56]

Prosser resume la diferencia entre allanamiento y molestia:

> El allanamiento es una invasión del interés del demandante en la posesión exclusiva de su terreno, mientras que una molestia es una interferencia con su uso y disfrute. La diferencia es la que hay entre (…) derribar un árbol atravesando los límites de su propiedad y despertarle por la noche con el ruido de un aserradero.[57]

¿Pero qué significa exactamente las diferencia entre "posesión exclusiva" e "interferencia con el uso"? Además, la diferencia práctica entre una acción de agravio por allanamiento y por molestia es que un allanamiento es ilegal por sí mismo, mientras que una molestia, para ser demandable, tiene que dañar a la víctima más allá del mero hecho de la invasión por sí misma. ¿Cuál es la justificación, si es que hay alguna, para tratar un allanamiento y una molestia de forma tan distinta? ¿Y está hoy realmente obsoleta la vieja distinción entre invasión tangible e intangible, como mantiene Prosser "a la luz de las pruebas científicas modernas"?[58] O, como decía una nota en la *Columbia Law Review*:

> El tribunal federal (…) sugería que históricamente la reticencia de los tribunal a aceptar que la invasión por gases y partículas minúsculas fuera allanamiento derivaba del requisito de que para apreciar un allanamiento un tribunal debe ser capaz de ver alguna intrusión física de materia tangible; luego

---

[55] *Ibíd.*: 879-880. Ver también Glen Edward Clover, "Torts: Trespass, Nuisance and E=mc^2",*Oklahoma Law Review* 11 (1966): 118 y ss.

[56] Prosser, *Law of Torts*, pp. 591-592.

[57] *Ibíd.*, p. 595. Una molestia generalmente emana *del* territorio de A al de B; en resumen, deriva de fuera del propio terreno de B. El intento de Prosser de rebatir este punto (el perro del acusado aullando bajo la ventana del demandante o el ganado del acusado rumiando en los campos de otros) no lo consigue. Los propios perros y ganados vagan por el terreno de A, el acusado, y como están domesticados, sus actos son responsabilidad de sus dueños. Sobre animales, ver *ibíd*.., pp. 496-503.

[58] *Ibíd.*, p. 66.

> aceptó que esta dificultad ya no existe porque los tribunales hoy pueden contar con métodos científicos de detección, que pueden realizar medidas cuantitativas precisas de gases y partículas sólidas para determinar la existencia de una entrada física de materia tangible.[59]

Sin embargo la división entre visible e invisible no se ha eliminado completamente por métodos modernos de detección científica. Tomemos dos situaciones opuestas. Primero, un allanamiento directo: A cruza con su coche el césped de B o pone un objeto pesado en los terrenos de B. ¿Por qué es esto una invasión e ilegal por sí misma? En parte porque, en palabras de un viejo caso inglés "la ley infiere algún daño, aunque solo sea el aplastamiento de la hierba".[60] Pero no es solo el aplastamiento: una invasión tangible de la propiedad de B interfiere con su uso exclusivo de la propiedad, aunque solo ocupe centímetros cuadrados (o cúbicos) tangibles. Si A anda o pone un objeto en el terreno de B, entonces B no puede usar el espacio que A o su objeto han ocupado. Una invasión de una masa tangible es una interferencia por sí mismas con la propiedad de otro y por tanto es ilegal.

Por el contrario, tomemos el caso de las ondas de radio, que es un cruce de los límites de otros que es invisible e insensible en cualquier caso para el propietario. Todos estamos bombardeados por ondas de radio que cruzan nuestra propiedad si nuestro conocimiento ni consentimiento. ¿Son invasivas y deberían por tanto ser ilegales ahora que tenemos dispositivos científicos para detectar dichas ondas? ¿Tenemos entonces que prohibir todas las transmisiones de radio? Y si no es así, ¿por qué no?

La razón por la que no es así es que este cruce de límites no interfiere con la posesión exclusiva, el uso o disfrute de la propiedad de nadie. Son invisibles, no pueden detectarse por los sentidos humanos y no dañan. Por tanto no son realmente invasiones de la propiedad, porque debemos refinar nuestro concepto de invasión para que no signifique solo cruce de límites, sino cruce de límites de que de alguna manera interfiera con el uso y disfrute de esta propiedad por su dueño. Lo que importa es si se interfiere en los sentidos del propietario.

¿Y si suponemos que posteriormente se descubre que las ondas de radio son dañinas, que causan cáncer o cualquier otra enfermedad? Entonces *estarían* interfiriendo en el uso de la propiedad de una persona y deberían ser ilegales y prohibidas, por supuesto siempre que se establezca esta prueba de daño y la conexión causal en invasores y víctimas concretos más allá de cualquier duda razonable.

---

[59]"Note, Deposit of Wastes", pp. 880-881. Ver también Clover, "Torts: Trespass, Nuisance and $E=mc^2$", p. 119.

[60]Prosser, *Law of Torts*, p. 66.

Así que vemos que la distinción apropiada entre allanamiento y molestia, entre responsabilidad estricta por sí misma y responsabilidad estricta solo ante la prueba del daño, no se basa realmente en la "posesión exclusiva" en oposición al "uso y disfrute", La distinción apropiada es entre invasión visible y tangible o "sensible", que interfiere con la posesión y uso de la propiedad, y el invisible e "insensible" cruce de límites que no lo hace y por tanto solo debería prohibirse probándose los daños.

La misma doctrina se aplica a la radiación de bajo nivel, que emanad prácticamente de todos y todas las cosas en el mundo y por tanto todos reciben. Prohibir la radiación de bajo nivel, como parecen defender algunos de nuestros ecologistas fanáticos, sería equivalente a prohibir toda la raza humana y todo nuestro mundo. La radiación de bajo nivel, precisamente porque es indetectable por los sentidos humanos, no interfiere con el uso o la posesión de la propiedad de nadie y por tanto solo puede actuarse contra ella bajo prueba causal estricta de daño más allá de cualquier duda razonable.

La teoría de la apropiación de servidumbres explicada antes requeriría que no hubiera ninguna restricción a las transmisiones de radio o a las radicaciones de bajo nivel. En el caso de las transmisiones de radio, la propiedad de Smith de un terreno y de todos sus accesorios *no* le autoriza a poseer todas las ondas de radio que pasen a través de su terreno, pues Smith no ha ocupado o transmitido en este caso en frecuencias de radio. Por tanto, Jones, que transmite una onda de digamos 1.200 kilohercios, ocupa la propiedad de esa onda hasta donde llegue, incluso si viaja a través de la propiedad de Smith. Si Smith trata de interferir con las transmisiones de Jones o de interrumpirlas de cualquier manera, es culpable de interferir con la justa propiedad de Jones.[61]

Sólo si se prueba que las transmisiones de radio resultan ser dañinas para la persona de Smith más allá de cualquier duda razonable deberían estar sujetas a prohibición las actividades de Jones. Por supuesto se aplica el mismo argumento a las transmisiones de radiación.

Entre el allanamiento tangible y las ondas de radio o la radiación de bajo nivel hay todo un abanico de molestias intermedias. ¿Cómo deberían tratarse?

La contaminación del aire, consistente en olores nocivos, humo o cualquier otra materia visibles, constituye definitivamente una interfe-

[61]Durante la década de 190, los tribunales estuvieron desarrollando precisamente un sistema así de derecho de propiedad privada por ocupación en las frecuencias de radio. Fue porque se estaba desarrollando una estructura de propiedad privada así por lo que el Secretario de Comercio Hoover impulsó la Ley de Radio de 1927, nacionalizando la propiedad de las ondas. Ver Ronald H. Coase, "The Federal Communications Commission", *Journal of Law and Economics* 2 (Octubre de 1959): 1-40.Para un estudio moderno de cómo podrían asignarse esas frecuencias, ver A. De Vany, et al., *A Property System Approach to the Electromagnetic Spectrum* (San Francisco: Cato Institute, 1980).

rencia invasiva. Estas partículas pueden verse, olerse o tocarse y deberían por tanto constituir una invasión por sí mismas, excepto en el caso de servidumbres de contaminación de aire apropiadas. (Los daños más allá de la simple invasión por supuesto requerirían una mayor responsabilidad). Sin embargo la contaminación del aire con gases o partículas que son invisibles o indetectables por los sentidos no debería constituir una agresión por sí misma, porque al ser éstos insensibles no interfieren con el posesión o el uso del propietario. Toman la categoría de las ondas de radio invisibles o la radiación, *salvo* que se pruebe que son dañinos y hasta que pueda establecerse esta prueba y la conexión causal del agresor con la víctima más allá de cualquier duda razonable.[62]

Un ruido excesivo es indudablemente un agravio de molestia: interfiere con el disfrute de la propiedad de una persona, incluyendo su salud. Sin embargo nadie puede mantener que todos los hombres tengan derecho a vivir con si estuvieran en una habitación insonorizada: solo el ruido *excesivo*, por muy vago que sea el concepto, puede ser demandable.

En cierto sentido, la propia vida ocupa la servidumbre de ruido. Toda área tiene ciertos ruidos y la gente que se traslada a un área debe prever una cantidad razonable de ruido. Como concede Terry Yamada con pesar:

> Un residente urbano debe aceptar las consecuencias de una situación de un entorno ruidoso. Los tribunales sostienen generalmente que las personas que viven o trabajan en comunidades densamente pobladas deben soportar necesariamente las molestias e incomodidades de los comercios y negocios ubicados en el barrio en el que viven o trabajan; sin embargo esas molestias e incomodidades no deben ser más de las razonablemente previsibles en la comunidad y ajustadas a las conductas del comercio o negocio.[63]

En resumen, quien quiera una habitación insonorizada debe pagar su instalación.

La regla general actual de los tribunales civiles en demandas por molestias por ruidos es coherente:

> Una fuente de ruido no es una molestia por sí misma, sino que sólo se convierte en tal bajo ciertas condiciones. Estas

[62]Sobre derechos prescriptivos, tangibilidad y el concepto de "llegar al agravio" en relación con la contaminación del aire, ver William C. Porter, "The Role of Private Nuisance Law in the Control of Air Pollution", *Arizona Law Review* 10 (1968): 107-119 y Julian C. Juergensmeyer, "Control of Air Pollution Through the Assertion of Private Rights", *Duke Law Journal* (1967): 1126-1155.

[63]Terry James Yamada, "Urban Noise: Abatement, Not Adaptation", *Environmental Law* 6 (Otoño de 1975): 64. Por desgracia, como la mayoría de los autores que escriben sobre derecho medioambiental, Yamada escribe como buscador feriviente de reclamaciones medioambientales en lugar de como un buscador de leyes objetivas.

> condiciones dependen de una consideración del área que las rodea, el momento del día o la noche en que tienen lugar las actividades productoras de ruido y la forma en que se desarrolla la actividad. Una molestia privada es indemnizable solo cuando no es razonable o es excesiva y cuando produce una incomodidad física o lesión reales a una persona de sensibilidades ordinarias como para interferir con el uso y disfrute de la propiedad.[64]

POSESIÓN DE LA UNIDAD TECNOLÓGICA: TIERRA Y AIRE

En nuestra explicación de la ocupación, no nos ocupamos del problema del tamaño del área a ocupar. Si A usa cierta cantidad de un recurso ¿cuánto de ese recurso va a formar parte de su propiedad? Nuestra respuesta es que posee la unidad tecnológica del recurso. El tamaño de esa unidad depende del tipo de bien o recurso en cuestión y deben determinarlo los jueces, jurados o árbitros que sean expertos en el recurso o industria concreto en cuestión. Si el recurso X es propiedad de A, entonces A debe poseer suficiente de él como la incluir los accesorios pertinentes. Por ejemplo, en la determinación de la propiedad de las radiofrecuencias de los tribunales en la década de 1920, el grado de propiedad dependía de la unidad tecnológica de la onda de radio: su ancho de espectro electromagnético de forma que otra onda no interfiera con la señal y su extensión por el espacio. La propiedad de la frecuencia estaba por tanto determinada por ancho, longitud y ubicación.

La colonización americana es una historia de disputa, a menudo sin éxito, sobre el tamaño de la unidad ocupada. Así las provisión de ocupación en la ley federal de territorios de 1861 indicaba una unidad de 160 acres, cuyo despeje y uso durante un plazo concreto otorgaba la propiedad al ocupante. Por desgracia en pocos años, cuando la pradera desierta empezó a poblarse, 160 acres era demasiado poco para cualquier uso viable de los terrenos (generalmente ranchos y pastoreo). En consecuencia, muy poco territorio del oeste se convirtió en propiedad privada durante varias décadas. La consiguiente sobreexplotación del terreno causó la destrucción de la capa herbácea del oeste y buena parte de las zonas madereras.

---

[64] *Ibíd.*: 63. Advirtamos, sin embargo, que en nuestra opinión el requisito de "razonable" para un daño o incomodidad reales es correcto para el ruido, pero no, por ejemplo, para humo visible u olores molestos, salvo que el "incomodidad" se interprete ampliamente como para incluir toda interferencia con el uso.

Con la importancia de analizar la unidad tecnológica en mente, examinemos la propiedad del espacio aéreo. ¿Puede haber propiedad privada del aire y, si es así, hasta qué grado?

El principio de la ley común es que todo terrateniente posee el espacio aéreo por encima de él indefinidamente hasta los cielos y por debajo hasta el centro de la tierra. En expresión conocida de Lord Coke: *cujus est solum ejus est usque ad coelum*; es decir, quien posee el terreno posee hacia arriba hasta el cielo, y por analogía hacia abajo hasta el Hades. Aunque es una norma respetada siempre, fue, por supuesto, inventada antes de que se inventaran los aviones. Una aplicación literal de la norma prohibiría en la práctica toda la aviación, así como los cohetes y satélites.[65]

¿Pero es el problema práctico de la aviación lo único erróneo en la regla *ad coelum*? Utilizando el principio de ocupación, la regla *ad coelum* nunca tuvo sentido y por tanto esta desde hace tiempo en el vertedero de la historia legal. Si alguien ocupa y usa el terreno, ¿en qué sentido está usando asimismo todo el cielo que tiene por encima hasta el cielo? Está claro que no lo está usando.

La regla *ad coelum* entró por desgracia en la *Restatement of Torts* (1939), adoptada por la Ley de Uniformidad de los Estados para la Aeronáutica y aprobada en 22 estados durante las décadas de 1930 y 1940. Esta variante continuaba reconociendo la propiedad ilimitada del espacio superior, pero añadía un privilegio público superior a invadir el derecho. Lo aviadores y propietarios de satélites seguirían soportando la carga de la prueba de que poseían este privilegio bastante vago a invadir la propiedad privada en el espacio aéreo. Por suerte, la Ley de Uniformidad fue derogada por los comisionados de las Leyes de Uniformidad de los Estados en 1943 y ahora está desaparecida.

Una segunda solución, adoptada por el Tribunal Federal del Noveno Circuito en 1936, eliminaba completamente la propiedad privada del espacio aéreo en incluso permitía a los aviones hacer ruido cerca de la superficie. Solo la interferencia real con el disfrute actual del terreno constituye un agravio.[66] La teoría de la molestia más popular simplemente prohíbe la interferencia con el uso del terreno, pero no es satisfactoria porque elimina cualquier explicación de la propiedad del espacio aéreo.

La mejor teoría judicial es la "zona", que afirma que solo la parte inferior del espacio aéreo por encima del terreno propio es el límite de la "posesión efectiva" del propietario. Tal y como la define Prosser, la "posesión efectiva" es "el espacio sobre él que sea esencial para el uso y

[65]Ver la explicación de varias teorías de propiedad de suelo y aire en Prosser, *Law of Torts*, pp. 70-73.

[66]En *Hinman vs. Pacific Air Transport*, 9 Cir. (1936), 84 F.2d 755, cert. negada 300 U.S. 654. En *ibíd.*, p. 71.

disfrute completo del terreno".[67] La altura del espacio en propiedad variará de acuerdo con los hechos del caso y por tanto de acuerdo con la "unidad tecnológica". Así, Prosser escribe:

> Esta fue la regla aplicada en el antiguo caso de *Smith vs. New England Aircraft Co.*, en el que los vuelos al nivel de cien pies fueron considerados como allanamiento, ya que el terreno se usaba para cultivos que llegaban a esa altura. Se resolvieron algunos casos más bajo la misma opinión.

La altura de la zona de propiedad debe variar de acuerdo con los hechos de cada caso.[68]

Por otro lado, la teoría de la molestia debería añadirse a la de la zona estricta de propiedad para casos como cuando el exceso de ruido de los aviones dañan a personas o actividades en un área adyacente no directamente bajo el avión. Al principio los tribunales federales decidieron que solo los vuelos bajos por encima de las cabezas podían constituir un agravio contra terratenientes privados, pero el caso de ruido excesivo de *Thornburg vs. Port of Portland* (1962) corrigió esa opinión. El tribunal razonó adecuadamente en *Thornburg*:

> Si aceptamos (…) la validez de las proposiciones de que un ruido puede ser una molestia, de que una molestia puede dar lugar a una servidumbre y de que un ruido que provenga de lo alto del terreno propio puede convertirse en ello si es suficientemente persistente y grave, entonces lógicamente el mismo tipo y grado de interferencia con el uso y disfrute del terreno propio puede serlo asimismo aunque el vector de ruido pueda venir de alguna dirección que no sea la perpendicular.[69]

Aunque no hay ninguna razón por la que el concepto de propiedad del espacio aéreo no pueda usarse para combatir los agravios de contaminación del aire, esto raramente se hace. Incluso cuando el *ad coelum* se lleve muy alto, se usa contra sobrevuelos de aviones pero no para combatir la contaminación del aire propio, que se considera incoherentemente como un recurso comunal. La ley de la molestia podría utilizarse tradicionalmente contra la contaminación del aire, pero hasta ahora se ha visto obstaculizada por "sopesar los derechos", las reglas de negligencia contra la responsabilidad estricta y por la sentencia de que la contaminación "razonable" del aire no era demandable. En el caso clásico *Holman vs. Athens Empire Laundry Co*. (1919), el Tribunal Supremo de Georgia declaró: "La contaminación del aire, en la medida en

---

[67] *Ibíd.*, p. 70.

[68] *Ibíd*., pp. 70-71. Ver *Smith vs. New England Aircraft Co.*, (1939), 270 Mass. 511,170 N.E. 385. Ver también Prosser, *Law of Torts*, pp. 514-515.

[69] *Thornburg vs. Port of Portland* (1962), 233 Ore. 178, 376 P.2d 103. Citada en Clover, "Torts: Trespass, Nuisance and $E=mc^2$", p. 121. La opinion previa se basaba en *United States vs. Causby*(1946). Ver también Prosser, *Law of Torts*, pp. 72-73.

que es razonablemente necesaria para el disfrute de la vida e indispensable para el progreso de la sociedad, no es demandable".[70] Por suerte está actitud ahora esta quedándose obsoleta.

Aunque la contaminación del aire debería ser un agravio sujeto a responsabilidad estricta, debería señalarse que declaraciones como "todos tienen derecho a un aire limpio" no tienen sentido. Hay contaminantes del aire que emergen constantemente de procesos naturales y el aire de uno es el que posee. La erupción del Monte Santa Helena debería haber alertado a todos acerca de los siempre presentes procesos de contaminación natural. La regla tradicional y apropiada de los tribunales de derecho común ha sido que ningún terrateniente es responsable por el daño causado por fuerzas naturales originadas en su propiedad. Como escribe Prosser, un terrateniente

> no está bajo ninguna obligación afirmativa para arreglar condiciones de origen puramente natural en su terreno, aunque puedan ser altamente peligrosas o incómodas para sus vecinos (…). Así, se ha sostenido que el terrateniente no es responsable de la existencia de un pantano fétido, de rocas que caen, de la extensión de malas hierbas y cardos que crezcan en su terreno, de daño realizado por animales indígenas o del flujo natural y normal de aguas superficiales.[71]

En resumen, no hay un derecho a un aire limpio, pero sí tenemos un derecho a que no se invada nuestro aire con contaminantes generados por un agresor.

CONTAMINACIÓN DEL AIRE: LEY Y REGULACIÓN

Hemos establecido que todos pueden hacer lo que quieran siempre que no inicien un acto abierto de agresión contra la persona o propiedad de otros. Quien inicie tal agresión debe ser estrictamente responsable de los daños a la víctima, incluso si la acción es "razonable" o accidental. Finalmente dicha agresión puede tomar la forma de contaminación del aire de otro, incluyendo el espacio aéreo que posea efectivamente, daño contra su persona o una molestia que interfiera con su posesión o uso de su terreno.

---

[70] *Holman vs. Athens Empire Laundry Co*., 149 G. 345,350,100 S.E. 207, 210 (1919). Citado en Jack L. Landau, "Who Owns the Air? The Emission Offset Concept and Its Implications", *Environmental Law* 9 (1979): 589.

[71] Prosser, *Law of Torts*, p. 354.

Este es el caso, *siempre que*: (a) el contaminador no ha establecido previamente una servidumbre por ocupación; (b) aunque los contaminantes visibles y los olores molestos son por sí mismos una agresión, en el caso de contaminantes invisibles e insensibles el demandante debe probar un daño real; (c) la carga de la prueba de dichas agresiones recae en el demandante; (d) el demandante debe probar una causalidad estricta de la acciones del acusado en la victimización del demandante; (e) el demandante debe probar esa causalidad y agresión más allá de cualquier duda razonable y (f) no hay responsabilidad indirecta, sino solo responsabilidad de quienes realmente cometieron el acto.

Con estos principios en mente, consideremos el estado actual del derecho de contaminación del aire. Ni siquiera el actual cambio de la negligencia y las acciones "razonables" a una responsabilidad estricta ha satisfecho a los demandantes especiales crónicos sobre medio ambiente. Como dice Paul Downing: "Actualmente una parte que se haya visto dañada por contaminación del aire debe probar en el tribunal que el emisor A le dañó. Debe probar que fue dañado y el emisor A lo hizo y no el emisor B. Es casi siempre una tarea imposible".[72] Si es cierto, entonces debemos asentir sin protestar. Después de todo, la prueba de causalidad es un principio básico del derecho civilizado, no digamos ya de la teoría legal libertaria.

De forma similar, James Krier concede que incluso si el requisito de probar una conducta intencionada o no razonable o negligencia se reemplaza por la responsabilidad estricta, sigue existiendo el problema de *probar la relación causal* entre la conducta incorrecta y el daño. Krier se queja de que "causa y efecto aún deben establecerse".[73] Quiere "realizar una reasignación automática de la carga de la prueba", es decir, quitar la carga al demandante, a quien claramente corresponde. ¿Ahora los acusados son culpables hasta que prueben su inocencia?

La prevalencia de múltiples fuentes de emisiones contaminantes es un problema. ¿Cómo vamos a echar la culpa al emisor A si hay otros emisores o si hay fuentes naturales de emisión? Sea cual sea la respuesta, no debe darse a costa de eliminar los patrones de prueba adecuados y conferir privilegios injustos a los demandantes y cargas especiales a los acusados.[74]

Los demandantes afrontan problemas de prueba similares en casos de radiación nuclear. Como escribe Jeffrey Bodie, "En general los tribunales parecen requerir un alto grado de causalidad en los casos de radiación que frecuentemente es imposible de satisfacer dado el limitado

---

[72]Paul B. Downing, "An Introduction to the Problem of Air Quality", en *Air Pollution and the Social Sciences*, Downing, ed. (Nueva York: Praeger, 1971), p. 13.

[73]James E. Krier, "Air Pollution and Legal Institutions: An Overview", en ibíd., *Air Pollution and the Social Sciences*, pp. 107-108.

[74]Ver la sección titulada "Unión de agravios y unión de víctimas" para una explicación de la unión de agraviantes, múltiples agravios y demandas conjuntas.

grado de conocimiento médico en este campo".[75] Pero como hemos visto antes, es precisamente este "limitado grado de conocimiento" lo que hace imperativo salvaguardar a los acusados de cánones de prueba laxos.

Por supuesto hay innumerables normas y regulaciones que crean ilegalidad además de los agravios de los que se ocupan los tribunales de la ley común.[76] No nos hemos ocupado de leyes como la Ley de Aire Limpio de 1970 o regulaciones por una sencilla razón: Ninguna de ellas puede ser permisible bajo la teoría legal libertaria. En la teoría libertaria, solo es permisible proceder coactivamente contra alguien si se ha probado que es un agresor y esa agresión debe probarse en el tribunal (o en arbitraje) más allá de cualquier duda razonable. Cualquier norma o regulación administrativa hace necesariamente ilegal las acciones que no sean inicios abiertos de delitos o agravios de acuerdo con la teoría libertaria. Toda norma o regla administrativa es por tanto ilegítima y en sí misma invasiva y una interferencia criminal con los derechos de propiedad de no criminales.

Supongamos por ejemplo que A construye un edificio, lo vende a B e inmediatamente se derrumba. A debería ser responsable por dañar la persona y propiedad de B y la responsabilidad debería probarse en un tribunal, que puede entonces aplicar la medidas adecuadas de restitución y castigo. Pero si el parlamento a impuesto códigos de construcción e inspecciones en nombre de la "seguridad", los constructores inocentes (es decir, aquéllos cuyos edificios no se hayan derrumbado) están sometidos a reglas innecesarias y a menudo costosas, sin necesidad de que el gobierno pruebe delito o daño. No han cometido ningún agravio o delito, pero están sujetos a reglas, a menudo sólo lejanamente relacionadas con la seguridad, *por adelantado* por cuerpos gubernamentales tiránicos. Aún así, un constructor que cumpla con la inspección administrativa y los códigos de seguridad y luego su edificio se derrumba, a menudo se ve sacado del apuro por los tribunales. Después de todo, ¿no ha obedecido todas las reglas de seguridad del gobierno y no ha recibido por tanto el *imprimatur* por adelantado de las autoridades?[77]

El único sistema civil o criminal en consonancia con los principios legales libertarios es tener jueces (y jurados y árbitros) atendiendo demandas de agravios de demandantes contra acusados.

Debería subrayarse que en la teoría legal libertaria, solo la víctima (o sus herederos y representantes) pueden poner legítimamente una demanda contra supuestos allanadores contra su persona o propiedad. Los

---

[75]Jeffrey C. Bodie, "The Irradiated Plaintiff: Tory Recovery Outside Price- Anderson", *Environmental Law* 6 (Primavera de 1976): 868.

[76]Con respecto a las regulaciones de la contaminación del aire, ver Landau, "Who Owns the Air?" pp. 575-600.

[77]Para una excelente explicación de las soluciones judiciales en oposición a los legales y administrativos en la adulteración de productos, ver Wordsworth Donisthorpe, *Law in a Free Society*(Londres: Macmillan, 1895), pp. 132-158.

fiscales de distrito y otros funcionarios públicos no deberían estar autorizados a poner demandas contra la voluntad de la víctima, en nombre de "delitos" contra entidades tan dudosas o inexistentes como la "sociedad" o el "estado". Si por ejemplo, la víctima de un asalto o robo es un pacifista que rechaza presentar demandas contra el criminal, nadie más debería tener derecho a hacerlo contra su voluntad. Pues igual que un acreedor tiene el derecho a "perdonar" una deuda impagada voluntariamente, igualmente una víctima, ya sea por razones pacifistas o porque el criminal ha comprado su impunidad ante una demanda[78] o cualquier otra razón, tiene el derecho a perdonar el delito de forma que el delito se anule así.

Los críticos de las emisiones de los automóviles ser verán perjudicados por la usencia de regulación del gobierno, a la vista de las dificultades de probar el daño a víctimas por parte de automóviles individuales.[79] Pero, como hemos señalado, las consideraciones utilitarias deben siempre subordinarse a los requisitos de la justicia. A quienes les preocupen las emisiones de los autos están en una situación aún peor en los tribunales de derecho de agravios, porque el principio libertario requiere asimismo una vuelta a la ahora muy desdeñada regla del siglo XIX de la *privacidad*.

La regla de la privacidad, que se aplica mucho en el campo de la responsabilidad en productos, establece que el comprador de un producto defectuoso solo puede demandar a la persona con la que contrató.[80] Si el consumidor compra un reloj a un vendedor y éste no funciona, solo podría demandar al vendedor, pues éste fue quien transfirió la propiedad del reloj a cambio del dinero del consumidor. El consumidor, al contrario que en las normas modernas, no debería poder demandar al fabricante con el que no tuvo trato. Fue el vendedor quien, al vender el producto, dio una garantía implícita de que el producto no era defectuoso. Y de forma similar, el vendedor solo podría demandar al mayorista por el producto defectuoso, el mayorista al intermediario y finalmente al fabricante.[81]

De la misma forma, el papel de la privacidad debería aplicarse a las emisiones de los autos. El contaminador culpable debería ser cada propietario individual de coches y no el fabricante de automóviles, que

---

[78]Los criminales deberían tener el derecho a comprar un demanda o ejecución a la víctima, igual que deberían tener el derecho a comprar una prohibición a una víctima una vez emitida. Para un excelente artículo sobre este último asunto, ver Thompson, "Injunction Negotiations", pp. 1563-1595.

[79]Ver la sección titulada "Unión de agravios y unión de víctimas".

[80]Para posiciones hostiles a la privacidad y una explicación de la garantía implícita, ver Richard A. Epstein, *Modern Products Liability Law* (Westport, Conn.: Quorum Books, 1980), pp. 9-34 y Prosser,*Law of Torts*, pp. 641 y ss.

[81]Algunas de las dificultades prácticas que implican esas demandas pueden resolverse uniéndose los distintos demandantes. Ver la sección titulada "Unión de agravios y unión de víctimas".

no es responsable de agravio y emisión reales. (pues todos lo que el fabricante sabe, por ejemplo, el coche solo podría usarse en alguna área no poblada o usarse principalmente para contemplación estética del propietario). Como en los casos de la responsabilidad del producto, la única justificación real para demandar al fabricante en lugar de al vendedor es sencillamente la comodidad y los mayores bolsillos, al ser presumiblemente el fabricante más rico que el vendedor.

Aunque la situación para demandas contra las emisiones de autos podría parecer sin esperanza bajo la ley libertaria, hay una salida parcial. En una sociedad libertaria, las carreteras serían de propiedad privada. Esto significa que las emisiones de autos derivarían de la carretera del propietario a los pulmones y espacio aéreo de otros ciudadanos, de forma que el propietario de la carretera sería responsable de daños de contaminación a los habitantes adyacentes. Demandar al propietario de la carretera es mucho más viable que a cada propietario individual de coche por la diminuta cantidad de contaminantes de la que podría ser responsable. Con el fin de protegerse de estas demandas, o incluso de posibles prohibiciones, el propietario de la carretera tendría entonces el incentivo económico de emitir regulaciones anticontaminación para todos los coches que quieran circular en ella. De nuevo, como en otros casos de la "tragedia de los comunes", la propiedad privada del recurso puede resolver muchos problemas de "externalidad".[82]

CONVIRTIENDO AL DELITO EN AGRAVIO

Pero si no existe la entidad de la sociedad o el estado ni nadie excepto la víctima que debería tener una postura como fiscal o demandante, esto significa que toda la estructura de la ley penal debe eliminarse y que no queda únicamente la ley de agravios en la que la víctima presenta los cargos contra el agresor.[83] Sin embargo no hay razón por la que partes de la ley que son ahora del ámbito de la ley penal no puedan injertarse en una ley de agravios ampliada. Por ejemplo, la restitución a la víctima ahora se considera dentro del ámbito de la ley de agravios, mientras que

[82]Sobre la "tragedia de los comunes" y la propiedad privada, ver, por ejemplo, Garrett Hardin, "The Tragedy of the Commons", *Science* 162 (1968): 1243-1248; Robert J, Smith, "Resolving the Tragedy of the Commons by Creating Private Property Rights in Wildlife", *Cato Journal* 1 (Otoño de 1981): 439-468.

[83]Prosser apunta: "Un delito es un atentado contra el público en general, por lo que el estado, como representante de éste, procederá en forma de acusación criminal. El propósito de dicho proceso es proteger y reivindicar los intereses del público en general (…). Una acusación criminal no se ve afectada en modo alguno por la indemnización del individuo perjudicado contra quien se cometió el delito", Prosser, *Law of Torts*, p. 7.

el castigo es responsabilidad de la ley penal.[84] Aún así las indemnizaciones punitivas para agravios intencionados (en contraste con los accidentes) generalmente ahora se atribuyen a la ley de agravios. Es por tanto concebible que castigos más severos, como la prisión, el trabajo forzado para indemnizar a la víctima o el destierro, puedan incluirse también en la ley de agravios.[85]

Un argumento contundente contra cualquier propuesta de incluir la ley penal en la ley de agravios es que, en el razonamiento contra las indemnizaciones punitivas en los casos de agravios, son "fijadas solo por el capricho del jurado e impuestas sin las salvaguardas habituales impuestas en el procedimiento penal, como la prueba de culpa más allá de cualquier duda razonable y el derecho a la no autoincriminación".[86] Pero, como se ha explicado antes, los estándares como la prueba más allá de cualquier duda razonable debería aplicarse también a los casos de la ley de agravios.[87]

El Profesor Epstein, al intentar preservar un ámbito separado para la ley penal contra una propuesta de inclusión en la ley de agravios, basa mucha de su defensa en la ley de tentativas. En el derecho penal, una tentativa de delito que fracase por alguna razón y no genere ningún daño o invasión de los derechos de la víctima, sigue siendo un delito y pude perseguirse. Y aún así, dice Epstein, esa tentativa de delito no sería una invasión de los delitos y por tanto no podría ser un agravio y no podría ser perseguido bajo la ley de agravios.[88]

Sin embargo la refutación de Randy Barnett es concluyente. Barnett apunta primero que la mayoría de los intentos de invasión sin éxito generan de todas formas una invasión "con éxito" aunque menor de la persona o propiedades y por tanto sería perseguible bajo la ley de agravios. "Por ejemplo, un intento de asesinato normalmente es una forma agravada de asalto y lesiones, una tentativa de atraco armado es nor-

---

[84]Para una explicación ejemplar de las raíces de la moderna división entre ley penal y ley de agravios, con la primera persiguiendo delitos contra la "paz del rey", ver Barnett, "Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice", pp. 350-354.

[85]Sobre los daños punitivos en la ley de agravios, ver Prosser, *Law of Torts*, pp. 9 y ss. No es el momento de avanzar una teoría del castigo. Las teorías del castigo entre filósofos libertarios y teóricos legales van desde evitar cualquier sanción coactiva salvo la indemnización, la indemnización más un castigo proporcional y permitir castigo ilimitado para cualquier delito.

Para mi propia opinión sobre el castigo proporcional, ver Murray N. Rothbard, "Punishment and Proportionality", en Barnett y Hagel, *Assessing the Criminal*, pp. 259-270. Sobre el concepto de destierro de criminales, ver Leonard P. Liggio, "The Transportation of Criminals: A Brief Politico-Economic History", en *ibíd*, pp. 273-29

[86]*Ibíd*., p. 11. Ver también Epstein, *Cases on Torts*, p. 906.

[87]Como lo sería el derecho a la no autoincriminación. De hecho la prohibición contra el testimonio obligatorio no debería extenderse a los casos de agravios, debería ampliarse para incluir *todos* los testimonios obligatorios, contra otros al igual que contra uno mismo.

[88]Richard A. Epstein, "Crime and Tort: Old Wine in Old Bottles", en Barnett y Hagel, *Assessing the Criminal*, pp. 231-257.

malmente un asalto, un intento de robo de coche o casa normalmente es un allanamiento".[89] En segundo lugar, incluso si el delito intentado no creara por sí mismo ninguna invasión de la propiedad, si el intento de lesión o asesinato fuera *conocido* por la víctima, la creación de temor resultante en la víctima sería perseguible como un asalto. Así que el pretendido criminal (o agraviante) no podría resultar impune.

Por tanto, la única tentativa de invasión que no podría perseguirse bajo la ley de agravios sería *una que nadie conociera*. Pero si nadie la conoce no puede perseguirse bajo ninguna ley.[90]

Además, como concluye Barnett, no se impediría bajo la ley libertaria que las víctimas potenciales se defendieran pos sí mismas de tentativas de delitos. Como dice Barnett, es justificable que una víctima o sus representantes repelan un acto abierto que haya sido iniciado contra ella y que en realidad de esto se trata en una tentativa de delito.[91]

UNIÓN DE AGRAVIOS Y UNIÓN DE VÍCTIMAS

Hasta ahora al explicar las invasiones de personas y propiedades nos hemos limitado a un agresor y una víctima, del tipo "A golpeó a B" o "dañó a B". Pero los casos reales de contaminación del aire a menudo tienen múltiples supuestos agresores y múltiples víctimas. ¿Bajo qué principios pueden perseguirse y condenarse?

Cuando más de un agresor ha contribuido a un agravio, generalmente es más cómodo para los demandantes unir a los acusados en una demanda. Sin embrago no debería permitirse que la comodidad elimine

---

[89]Barnett, "Restitution: A New Paradigm of Criminal Justice", p. 376. Barnett añade: "De esta forma, la ley de tentativas es realmente una forma de contabilizar por partida doble cuya principal función es permitir a la policía sobrecargar un delito con el fin de llegar luego a un acuerdo. Además algunas categorías de de tentativa, como las leyes de conspiración y las leyes de posesión (por ejemplo, la posesión de herramientas para robo) son atajos para fiscales incapaces o indispuestos a probar el delito real y son una fuente constante de acusaciones selectivas y represivas". *Ibíd*. Podríamos añadir que estas últimas serían ilegítimas bajo una ley libertaria.

[90]De acuerdo con Barnett: "El único tipo de intento sin éxito que escaparía a la responsabilidad [bajo la ley de agravios] sería el caso de alguien que intentara sin éxito cometer un delito sin violar de ninguna forma los derechos de alguien y *sin que nadie lo supiera*. (…) En todo caso, ningún sistema gobernado por ningún principio puede perseguir actos que nadie conoce". *Ibíd*., pp. 376-377. Debería mencionarse asimismo al Profesor Ronald Hamowy, de la Universidad de Alberta como importante contribuyente a esta solución del problema.

[91]Uno puede estar de acuerdo aquí con Barnett sin adoptar su variante de restitución pura sin castigo de la ley de agravios. En nuestra opinión, los elementos de la ley penal como el castigo podrían incorporarse correctamente en una ley de agravios reconstituida.

el principio de los derechos y en nuestra opinión la norma del derecho común de la unión era correcta: Los acusados solo pueden ser agrupados obligatoriamente cuando todas las partes actuaron de acuerdo con un plan delictual conjunto.

En el caso de verdaderas uniones de agravios, también tiene sentido hacer que cada uno de los agraviados sea igualmente responsable por la cantidad total de daños. En caso contrario, cada criminal podría diluir su propia responsabilidad por adelantado simplemente añadiendo más criminales a su plan conjunto. Así que como la acción de todos los agresores estaba concertada, el agravio fue realmente conjunto, así que

> "todos yendo a realizar un acto ilegal y de una parte, el acto de uno es el acto de la misma parte que está presente". Por tanto cada uno era responsable de todo el daño realizado, aunque uno podría haber lesionado al demandante, mientras que otro lo sujetaba y un tercero el robaba sus botones de plata. Todos podrían juntarse como acusados en la misma acción legal.[92]

Por desgracia, para mayor comodidad se ha debilitado la regla de unión y los tribunales en muchos casos han permitido a los demandantes obligar a unirse a los demandados incluso en caso en que los agravios se han cometido separadamente y no de común acuerdo.[93] La confusión en las uniones ha hecho que muchos tribunales hayan aplicado la regla de la responsabilidad completa o "entera" a cada agresor. En el caso de pleitos separados afectando a una víctima, esto tiene poco sentido. Aquí la regla debería ser siempre la que se ha usado tradicionalmente en los casos de molestias, que los tribunales repartan el daño de acuerdo con las acciones causales separadas con las que contribuyó cada acusado.

Los casos de contaminación del aire generalmente son de agravios separados que afectan a las víctimas; por tanto no debería haber unión obligatoria y los daños deberían dividirse de acuerdo con los factores causales implicados. Como escribe Prosser:

> En particular, los casos de molestias han tendido a generar un reparto proporcional de los daños, en buena parte por la interferencia con el uso del terreno de los demandados ha tendido a ser separable en términos de cantidad, porcentaje o grado. Así los acusados que contaminen independientemente el mismo arroyo o inunden el terreno del demandante desde fuentes distintas, son responsables solo separadamente de los daños individualmente causados, y lo mismo que es cierto para la molestia lo es para el ruido o la contaminación del aire.[94]

---

[92]Prosser, *Law of Torts*, p. 291. Ver también *ibíd*., pp. 293 y ss.

[93]En esta situación, la unión es obligatoria para los acusados, incluso aunque los demandantes puedan elegir entre acciones unidas y separadas.

[94]Prosser, *Law of Torts*, pp. 317-318.

Pero como los daños son múltiples y distintos, depende por tanto de los demandantes mostrar una base racional y demostrable para dividir el daño entre los distintos acusados y los factores causales. Si se sigue adecuada y estrictamente esta regla y la prueba está más allá de cualquier duda razonable, los demandantes en los casos de contaminación del aire generalmente no serán capaces de conseguir mucho. Para contrarrestar esto, los abogados medioambientalistas han propuesto un debilitamiento de la misma base de nuestro sistema legal trasladando la carga de la prueba para la asignación detallada de los daños de los demandantes a los distintos acusados.[95]

Así que la unión obligatoria de acusados puede proceder siguiendo la regla original del derecho común solo cuando los acusados hayan cometido supuestamente un agravio verdaderamente conjunto, de común acuerdo. De otra forma, los acusados pueden insistir en acciones separadas en los tribunales.

¿Qué pasa con las uniones de varios *demandantes* contra uno o más acusados? ¿Cuándo pueden tener lugar? Este problema es muy relevante para casos de contaminación del aire, en los que hay habitualmente muchos demandantes procediendo contra uno o más acusados.

En la antigua ley común, las reglas eran firmes en limitar la unión permisible de demandantes a los casos en que todas las causas en acción tenían que afectar a todas las partes unidas. Esto se ha liberalizado para permitir una acción conjunta por demandantes cuando la acción conjunta deriva de la misma transacción o serie de transacciones y en la que haya al menos un asunto legal de hechos comunes a todos los demandantes. Ésta parece una liberalización legítima cuando a los demandantes se les permita una unión voluntaria.[96]

Aunque la unión permitida de demandantes en este sentido es perfectamente legítima, no es el caso de las demandas de "acción popular", en las que el resultado de la demanda obliga incluso a aquellos miembros de la supuesta clase de las víctimas que no participaron en la demanda. Parece el colmo de la presunción que los demandantes se unan en una demanda conjunta y pidan una demanda de "acción popular" en la que incluso esas otras supuestas víctimas que nunca oyeron hablar de ella o no hayan consentido de alguna forma en la demanda se vean condicionados por el resultado. Los únicos demandantes que deberían verse afectados por una demanda son aquéllos que se unan voluntariamente. Así, no debería ser permisible que 50 residentes en Los Ángeles presenten una demanda por contaminación en nombre de la clase de "todos los ciudadanos de Los Ángeles", sin su conocimiento o consentimiento expreso. A partir del principio de que solo las víctima y sus herederos y re-

[95]Ver Katz, "Function of Tort Liability", pp. 619-620.

[96]Sin embargo sería mejor requerir que los intereses comunes predominen sobre los distintos intereses individuales, como se requiere ahora para las demandas de acción popular. Ver la explicación de *City of San Jose vs. Superior Court* más adelante.

presentantes pueden presentar demandas o usar la fuerza en su nombre, las demandas de acción popular que obliguen a todos excepto a los demandantes voluntarios son impermisibles.[97]

Por desgracia, aunque la Norma Federal de Procedimiento Civil 23 ofrecía al menos un tipo de acción popular no obligatoria, la "acción popular espuria", las normas revisadas de 1966 hacen que todas las demandas de acción popular sean obligatorias para toda la clase en general o a todos esos miembros de la clase que no soliciten específicamente la exclusión. En un paso sin precedentes, ahora se asume la acción voluntaria si *no* se realiza ninguna acción. A los residentes de Los Ángeles, que podrían no saber siquiera acerca de la demanda en cuestión, se les obliga a dar pasos para excluirse de la demanda, o si no la sentencia les obligaría.[98] Además, la mayoría de los estados han seguido las nuevas normas federales para las demandas de acción popular.

Como en el caso de la unión voluntaria, la acción popular tras 1966 debe implicar cuestiones comunes de derecho o hechos para todos los afectados. Por suerte los tribunales han puesto más límites en el uso de la acción popular. En la mayoría de los casos, todos los miembros identificables de la clase deben recibir aviso individual de la demanda, dándoles al menos la oportunidad de renunciar a la acción; asimismo la clase debe ser definitivamente identificable, comprobable y gestionable. Bajo esta norma, los tribunales federales generalmente no permitirían a "todos los residentes de la ciudad de Los Ángeles" ser parte de una demanda de acción popular.[99] Así que una demanda supuestamente en nombre de todos los residentes en el Condado de Los Ángeles (más de siete millones de personas) para demandar a 293 empresas por contaminar la atmósfera se rechazó por el tribunal "como ingestionable a causa del número de partes (demandantes y acusados), la diversidad de sus intereses y la multiplicidad de asuntos que implica".[100]

---

[97]El tipo de demanda de acción popular una tiempo conocida como "acción popular espuria" en la que un juicio obliga solo a quienes realmente acudan al tribunal, no era realmente una acción popular, sino un dispositivo para permitir la unión. Fed. R. Civ. P. 23 (1938).

[98]Las Normas de 1938 indicaban que en algunos casos cualquier acción popular debe ser del tipo espurio mencionado en la nota anterior. Las Normas revisadas de 1966 hicieron obligatorias todas las acciones populares al eliminar la categoría de acción espuria. Ver Fed. R. Civ. P. 23 (1966).

[99]Fed. R Civ. P. 23(a) (1966). Sobre la cuestión de si el aviso individual a todos los miembros de la clases es o no es obligatorio, ver Fed. R Civ. P23(d)(2),Fed. R. Civ. P. 23(e), *Mattern vs. Weinberger*, 519F.2d 150 (3d Cir.1975), *Eisen vs. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156 (1974), *Cooper vs. American Savings & Loan Association*, 55 Cal. App. 3d 274 (1976).

[100]El caso era *Diamond vs. General Motors Corp*. 20 Cal. App. 2d 374 (1971). Por otro lado, algunas sentencias de tribunales de estado, como en California, han sido altamente favorables hacia las demandas de acción popular. El tribunal de California permitió realmente una acción popular de un hombre contra una compañía de taxis por supuestos cobros abusivos en nombre de sí mismo y varios miles de clientes no identificados de la empresa. *Dear vs. Yellow Cab Co*., 67 Cal. 2d 695 (1967).

Otra limitación importante impuesta a la mayoría de las demandas de acción popular es que los intereses comunes de clase en la demanda deben *predominar* sobre los intereses individuales por separado. Así que no se permitirá una acción popular en la que los asuntos individuales por separado sean "numerosos y sustanciales" y por tanto no predominen los asuntos comunes. En el caso de *City of San Jose vs. Superior Court* (1974), el tribunal rechazó una acción popular de propietarios de terrenos cerca de un aeropuerto que reclamaban daños en sus terrenos por ruido, contaminación, tráfico, etc. procedentes del aeropuerto. A pesar de que el aeropuerto afectaba a cada uno de los propietarios, el tribunal decidió adecuadamente que "el derecho de cada propietario a recuperar el daño a su terreno implicaba demasiados hechos individuales (por ejemplo, proximidad a sendas de planeo, tipo de propiedad, valor, uso, etc.)" como para permitir una acción popular.[101]

Así que la acción popular no debería permitirse salvo cuando todo demandante se una activa y voluntariamente y los intereses comunes predominen sobre los de los distintos individuos.[102]

¿Entonces cómo se han aplicado las recientes reglas de acción popular a la cuestión de la contaminación del aire? Krier dice con desánimo que aunque la Norma Federal 23 de 1966 es realmente más liberal que su predecesora en permitir la acción popular, el tribunal supremo de EEUU prácticamente ha anulado su impacto al decretar que los miembros de las clases pueden añadir reclamaciones individuales para tribunales federales *solo* cuando compartan un interés común indivisible.[103] Según Krier, esta limitación razonable elimina la mayoría de las demandas de acción popular en los casos de contaminación del aire. Añade que aunque esta restricción no se aplica a las demandas estatales, son a menudo incluso menos viables que las federales ante las nuevas normas. Krier se queja, con un tono humorístico inconsciente de que algunas demandas de acción popular no atraen a *ningún* demandante en absoluto.[104]

---

[101]*City of San Jose vs. Superior Court*, 12 Cal.3d 447 (1974).

[102]Epstein provee un apunte interesante en la forma en que los demandantes, en una forma puramente libertaria, eran capaces de superar el hecho de que no se permitan ni la unión ni la acción popular a causa de la extensión y diversidad de los intereses individuales afectados. La droga MER/29 fue eliminada del mercado en 1962, después de se iniciaran alrededor de 1.500 demandas por daños contra la compañía farmacéutica. Aunque el acusado objetara con éxito contra una unión voluntaria, la mayoría de los abogados coordinarían voluntariamente sus actividades a través de un comité de coordinación centralizado con tarifas por servicios prestados a todos los abogados en el grupo. Epstein informa de que los abogados que participaban en el grupo normalmente tenían más éxito en sus respectivas demandas que quienes no lo hacían. Epstein, *Cases on Torts*, p. 274.

[103]En *Synder vs. Harris*, 394 U.S. 332 (1970). Krier, "Air Pollution and Legal Institutions".

[104]En resumen, ¿qué pasa si presentan una demanda de acción popular y no aparece nadie? Krier cita el caso de *Riter v. Keokuk Electro-Metals Co*. 248 Iowa 710, 82 N. W. 2d 151 (1957). Krier, "Air Pollution and Legal Institutions", p. 217. Ver también John

Pero los principales problemas de las demandas de acción popular para los demandantes, concede Krier, son las normas de gestionabilidad y establecimiento para demandas con un gran número de demandantes en la clase, citando en particular el caso *Diamond v. General Motors*. Pero a pesar de que Krier atribuye el problema solamente a la falta de competencias e instalaciones que tienen los jueces para equilibrar los distintos intereses, no entiende el aún mayor problema de la identificación y la falta de una clara prueba de culpabilidad y de causalidad entre acusado y demandante.

CONCLUSIÓN

Hemos intentado exponer una serie de principios libertarios con los que estimar y reconstruir la ley. Hemos concluido que todos deberían poder hacer lo que quieran, excepto si comete un acto abierto de agresión contra la persona y propiedades de otro. Solo ese acto debería ser ilegal y debería ser perseguible solo en los tribunales bajo la ley de agravios, con la víctima o sus herederos o representantes presentando el caso contra el supuesto agresor. Por tanto, ninguna norma o regla administrativa que cree acciones ilegales debería permitirse. Y como no es permisible ninguna persecución en nombre de la "sociedad" o el "estado", la ley penal debería integrarse en una ley de agravios reconstituida, incorporando el castigo y parte de la ley de tentativas.

El agraviante o delincuente sería estrictamente responsable por su agresión, sin permitir eludir la responsabilidad basándose en las teorías de la "negligencia" o de la "razonabilidad"; Sin embargo la responsabilidad debe probarse basándose en la causalidad estricta de la acción del acusado contra el demandante y debe probarse por el demandante más allá de cualquier duda razonable.

El agresor y solo el agresor debería ser responsable y no el empleador de un agresor, siempre, por supuesto, que el agravio no se cometa pro indicación del empleador. El actual sistema de responsabilidad indirecta del empresario es un residuo de las relaciones amo/siervo precapitalistas y es básicamente un método injusto de encontrar bolsillos profundos que saquear.

Estos principios deberían aplicarse a todos los agravios, incluyendo la contaminación del aire. La contaminación del aire es una molestia privada generada en la propiedad de una persona que pasa a otra y es una invasión del espacio aéreo correspondiente y a menudo de la persona del terrateniente. El concepto de la ocupación, en el que el primer ocupante y usuario de un recurso lo convierte en propiedad suya, es

---

Esposito, "Air and Water Pollution: What to Do While Waiting for Washington", *Harvard Civil Rights/Civil Liberties Law Review* (Enero de 1970): 36.

básico para la teoría libertaria de los derechos de propiedad. Por tanto, cuando un "contaminador" ha producido primero la contaminación y ha precedido al propietario del terreno al emitir contaminación al aire o ruido excesivo a una territorio vacío, ha ocupado así una servidumbre de contaminación o ruido excesivo. Una servidumbre así se convierte en su legítimo derecho de propiedad en lugar del posterior terrateniente adyacente. Luego la contaminación del aire no es un agravio sino solamente el derecho ineluctable de contaminante *si* está simplemente ejecutando una servidumbre de ocupación. Pero cuando no exista servidumbre y la contaminación sea evidente a los sentidos, la contaminación es un agravio por sí misma porque interfiere con la posesión y el uso del aire de otro. El cruce de límites (por ejemplo por ondas de radio o radiación de bajo nivel) no puede considerarse agresión porque no interfiere con el uso y disfrute del propietario de su persona o propiedad. Solo si el cruce de ese límite genera un daño demostrable (de acuerdo con los principios de la causalidad estricta y más allá de cualquier duda razonable) puede considerarse un agravio y estar sujeto a responsabilidad y mandato judicial.

Un pleito conjunto, en el que los acusados se ven obligados a defenderse juntos, debería aplicarse solo sido todos actuaron de común acuerdo. Cuando sus acciones son separadas, también las demandas deben ser separadas y la responsabilidad dividida de forma separada. Los demandantes deberían poder unir sus demandas contra un acusado solo si sus casos tienen un elemento común que predomine sobre los intereses separados e individuales. Las demandas de acción popular no son permisibles más allá de una unión voluntaria de los demandantes, porque presumen actuar en nombre de y obligar a miembros de una clase que no han aceptado unirse a la demanda.

Finalmente, debemos renunciar a la práctica común de escritores de derecho medioambiental de actuar como demandantes especiales en demandas de contaminación del aire, lamentando siempre que no se permita que los demandantes se lleven por delante a los acusados. Los factores fundamentales en el derecho de contaminación del aire, como en otras partes del derecho, deberían ser los principios libertarios y los derechos de propiedad en lugar de la comodidad o los intereses especiales de una serie de concursantes.

Law, Property Rights and Air Pollution
Originalmente publicado en el *Cato Journal* 2, No. 1
(Spring 1982): pp. 55-99.
Reimpreso en *The Logic of Action Two*, Cheltenham,
UK: Edward Elgar. (1997) pp. 121-170.
Reimpreso por el Ludwig von Mises Institute, © 2002.
http://mises.org/rothbard/lawproperty.pdf

Traducción de Mariano Bas Uribe
MisesHispano.Org